

**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, ECLESIAÍSTICO
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**LA COMPATIBILIDAD DE LA
INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA
COMUNIDAD EUROPEA
CON EL IUS COGENS COMUNITARIO**

Tesis doctoral elaborada por
M^a Amparo Alcoceba Gallego

Director: Prof. Dr. D. Fernando Mariño Menéndez
Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

MADRID, 2001

A mis padres y a mi hermano

SUMARIO

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	1
INTRODUCCIÓN	9

PRIMERA PARTE

SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y SU RELACIÓN CON LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA UNIÓN EUROPEA

INTRODUCCIÓN	31
---------------------------	-----------

CAPÍTULO I: SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES DE LOS ESTADOS MIEMBROS AJENAS A UNA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA UNIÓN EUROPEA	33
---	-----------

<i>SECCIÓN 1: INDIVIDUALIZACIONES JURÍDICAS BASADAS EN EXIGENCIAS INTRÍNSECAS A LA UNIÓN EUROPEA</i>	<i>34</i>
---	------------------

A) <u>Individualizaciones jurídicas transitorias</u>	39
---	-----------

1) Individualizaciones jurídicas transitorias con origen en el Derecho originario	40
--	----

2) Individualizaciones jurídicas transitorias con origen en el Derecho derivado.....	43
---	----

B) <u>Individualizaciones jurídicas no transitorias</u>	44
--	-----------

1) Individualizaciones jurídicas no transitorias derivadas de la concesión de ayudas financieras comunitarias permanentes	46
---	----

2) Individualizaciones jurídicas no transitorias derivadas de la identificación de determinadas situaciones excepcionales expresamente tasadas.....	50
---	----

a) Cláusulas excepcionadoras con fines esencialmente promocionales: las ayudas estatales.	50
i.- Ayudas estatales compatibles de iure	50
ii.- Ayudas estatales compatibles previa autorización comunitaria	51
b) Cláusulas excepcionadoras con fines esencialmente protectores: Cláusulas de salvaguardia	53
i.- Cláusulas de salvaguardia de naturaleza económica	54
ii.- Cláusulas de salvaguardia de naturaleza extraeconómica	56
iii.- Cláusulas de salvaguardia vinculadas con la seguridad exterior e interior del Estado en su vertiente militar.....	59
c) La preservación de ámbitos de soberanía de los Estados miembros dentro de los pilares intergubernamentales PESCE y Cooperación Policial y Judicia en materia Penal.....	60
i.- La Política Exterior y de Seguridad Común (PESCE)	61
ii.- La Cooperación Policial y Judicial en materia penal	62
d) Cláusula sancionadora de la violación de los Derechos humanos	62
3) Individualizaciones jurídicas no transitorias derivadas de situaciones excepcionales no expresamente tasadas.....	63
a) Cláusulas de salvaguardia creadas por la jurisprudencia del TJCE: las exigencias imperativas	63
b) Excepciones permanentes	64

**SECCIÓN 2: INDIVIDUALIZACIONES JURÍDICAS BASADAS EN
OBLIGACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL..... 67**

**CAPÍTULO II: SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES DE LOS
ESTADOS MIEMBROS PROPIAS DE UNA INTEGRACIÓN
DIFERENCIADA EN LA UNIÓN EUROPEA 71**

*SECCIÓN 1: SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES EN UN SISTEMA
DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA QUE OBLIGA A SUS ESTADOS
MIEMBROS A INCORPORARSE A UN NIVEL DE INTEGRACIÓN
SUPERIOR..... 71*

A) El sistema de integración diferenciada en tiempo determinado..... 76

B) El sistema de integración diferenciada en tiempo no determinado..... 77

*SECCIÓN 2: SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES EN UN
SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA QUE NO OBLIGA A SUS
ESTADOS MIEMBROS A INCORPORARSE A UN NIVEL DE
INTEGRACION SUPERIOR 84*

A) Integración diferenciada en el espacio realizada respetando el
acervo de la Unión establecido 88

1) En el articulado de los Tratados 90

a) La PESC y los Estados miembros neutrales 90

b) Cláusulas de cooperación reforzada..... 93

c) La competencia prejudicial del TJCE en la Cooperación
Policial y Judicial en materia Penal 94

2) En Protocolos 96

a) El Protocolo nº 12 sobre determinadas disposiciones
relativas a Dinamarca..... 96

b) El Protocolo nº 2 anejo TCE y TUE por el que se integra el
acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea 98

c) El Protocolo nº 5 anejo TCE y TUE sobre la posición de
Dinamarca 99

B) <u>Integración diferenciada en el espacio realizada sin respetar el acervo de la Unión establecido</u>	100
1) En las disposiciones de los Tratados	100
a) En el articulado de los Tratados	100
i.- La PESC y la abstención constructiva.....	100
b) En Protocolos	103
i.- El Protocolo nº 11 sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	103
ii.- El Protocolo nº 14 sobre Política Social y el Acuerdo sobre Política Social	103
iii.- El Protocolo nº 3 anejo TCE y TUE sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido e Irlanda	105
iv.- El Protocolo nº 4 anejo TCE y TUE sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda en relación con el Título IV TCE en Materia de visados, asilo e inmigración	106
2) No recogida en las disposiciones de los Tratados.....	107
a) Los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y el Derecho Comunitario.....	107
b) Alemania, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993 y la Unión Económica y Monetaria	113
c) Dinamarca y el compromiso de Edimburgo	116
i.- La Ciudadanía de la Unión.....	117
ii.- La Política de Defensa	120
d) Suecia y la Unión Económica y Monetaria	122
3) La integración diferenciada inocua para el Derecho comunitario: las pequeñas concesiones	126

a) Excepciones territoriales	127
b) Excepciones materiales	131
A MODO DE RECAPITULACIÓN	135

SEGUNDA PARTE

LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA COMUNIDAD EUROPEA INTRODUCIDOS POR EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA DE 1992: DE LA COMUNIDAD DE DERECHO A LA COMUNIDAD DE COMUNIDADES DE DERECHO

INTRODUCCIÓN	141
---------------------------	------------

CAPÍTULO III: LÍMITES FORMALES Y MATERIALES A LA REVISIÓN DEL TCEE EN RELACIÓN CON LA INTRODUCCIÓN DE SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA COMUNIDAD	147
---	------------

<i>SECCIÓN 1: ASPECTOS JURÍDICOS FORMALES DE LA REVISIÓN DEL TCEE</i>	<i>149</i>
--	-------------------

A) <u>La revisión de los Tratados comunitarios a través de los procedimientos previstos por éstos</u>	<u>149</u>
B) <u>La revisión del TCEE al margen de los procedimientos previstos: práctica inicial y exclusión posterior de su admisibilidad.....</u>	<u>151</u>

<i>SECCIÓN 2: ASPECTOS JURÍDICOS MATERIALES DE LA REVISIÓN DEL TCEE</i>	<i>168</i>
--	-------------------

A) <u>La revisión del Tratado y el <i>ius cogens internacional</i></u>	<u>168</u>
--	------------

B) <u>La revisión del tratado y el <i>ius cogens comunitario</i></u>	168
1) La relación entre los límites formales y los materiales a la revisión del Tratado	170
2) Los límites materiales a la revisión del Tratado y el Dictamen 1/91 del TJCE de 14 de diciembre	172
3) Identificación de los límites materiales a la revisión del Tratado	174
4) Situación jerárquica del <i>ius cogens comunitario</i> dentro del ordenamiento jurídico comunitario	187

**CAPÍTULO IV: LA COMPATIBILIDAD CON EL *IUS COGENS*
COMUNITARIO DE LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN
DIFERENCIADA INTRODUCIDO EN LA COMUNIDAD EUROPEA
EN 1992 POR EL TRATADO DE MAASTRICHT**

189

<i>SECCIÓN 1: EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA QUE OBLIGA A INCORPORARSE A UN NIVEL DE INTEGRACIÓN SUPERIOR: LA TERCERA FASE DE LA UEM Y EL ESTATUTO DE ESTADO MIEMBRO ACOGIDO A UNA EXCEPCIÓN</i>	189
A) <u>Condiciones formales</u>	191
B) <u>Desarrollo</u>	202
C) <u>Efectos</u>	208
1) En el interior de la comunidad Europea: <i>ad intra</i>	208
2) En el exterior de la Comunidad Europea: <i>ad extra</i>	209

<i>SECCION 2: EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA QUE NO OBLIGA A INCORPORARSE A UN NIVEL DE INTEGRACION SUPERIOR</i>	211
A) <u>Condiciones formales</u>	212

B) <u>Desarrollo</u>	217
1) El sistema jurídico e institucional de la integración diferenciada y el sistema jurídico e institucional comunitario .	217
a) Normas sustantivas	217
b) El aparato institucional	223
2) La relación entre la Comunidad Europea y el sistema de integración diferenciada practicada en su interior	227
3) La relación entre los Estados miembros participantes en el sistema de integración diferenciada y los Estados miembros que permanecen ajenos a él	230
4) Mecanismo de financiación	232
5) La adhesión <i>a posteriori</i> al sistema de integración diferenciada en la Comunidad	233
a) De los Estados miembros ajenos al sistema de integración diferenciada: el derecho de adhesión.....	233
b) De los nuevos Estados que desean adherirse a la Comunidad	237
C) <u>Efectos</u>	238
1) En el interior de la Comunidad Europea: efectos <i>ad intra</i>	238
a) El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la UEM y la Política social	240
i.- Unión Económica y Monetaria.....	240
ii.- Política Social	251
b) Dinamarca y la UEM.....	259
2) En el exterior de la Comunidad Europea: efectos <i>ad extra</i>	260
 A MODO DE RECAPITULACIÓN.....	265

TERCERA PARTE

**LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA
INTRODUCIDOS EN LA COMUNIDAD EUROPEA POR EL TRATADO
DE AMSTERDAM: CONSAGRACIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA
COMO “COMUNIDAD DE COMUNIDADES DE DERECHO”**

INTRODUCCIÓN.....	271
--------------------------	------------

CAPÍTULO V: LÍMITES FORMALES Y MATERIALES A LA REVISIÓN DEL TCE EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN Y NUEVA INTRODUCCIÓN DE SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA COMUNIDAD	273
---	------------

<i>SECCIÓN 1: ASPECTOS JURÍDICOS FORMALES DE LA REVISIÓN DEL TCE</i>	<i>273</i>
--	------------

A) <u>Decisión unilateral carente de base convencional: el caso de Suecia</u> ..	275
--	-----

B) <u>El Compromiso de Edimburgo: el caso de Dinamarca</u>	283
--	-----

1) La Declaración de Consejo Europeo	284
--	-----

2) La Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno en el seno del Consejo	285
---	-----

3) Declaraciones unilaterales de Dinamarca.....	290
---	-----

<i>SECCIÓN 2: ASPECTOS JURÍDICOS MATERIALES DE LA REVISIÓN DEL TCE</i>	<i>295</i>
--	------------

CAPÍTULO VI: EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA UNIÓN EUROPEA INTRODUCIDO EN 1997 POR EL TRATADO DE AMSTERDAM.	301
--	------------

SECCIÓN 1: CARACTERIZACIÓN GENERAL.....	303
A) <u>¿Integración diferenciada o cooperación reforzada?.....</u>	303
B) <u>El modelo de integración diferenciada introducido en la Unión</u> <u>Europea por el Tratado de Amsterdam</u>	306
C) <u>La previsión de la práctica de una integración diferenciada en el</u> <u>Tratado de Amsterdam y en el Tratado de Maastricht</u>	307
 SECCIÓN 2: DISPOSICIONES DEL TRATADO DE AMSTERDAM RELATIVAS AL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA.....	 312
A) <u>La previsión expresa de la posibilidad de practicar una</u> <u>integración diferenciada en la Unión Europea.....</u>	312
1) Cláusula general de habilitación.....	312
2) Cláusula semiespecífica mixta (habilitación-autorización)	314
3) Cláusula específica de autorización	317
B) <u>La previsión implícita de la posibilidad de practicar una</u> <u>integración diferenciada en la Unión Europea</u>	318
1) Cláusulas específicas de autorización para no participar en una mayor integración en el interior de la Unión Europea	319
a) Cláusulas específicas expresas	319
b) Cláusulas específicas implícitas	320
2) Abstención constructiva	321
 CAPÍTULO VII: LA COMPATIBILIDAD CON EL IUS COGENS COMUNITARIO DEL SISTEMA DE COOPERACIÓN REFORZADA HABILITADA EN LA COMUNIDAD EUROPEA POR EL TRATADO DE AMSTERDAM	 323
 SECCIÓN 1: CONDICIONES FORMALES.....	 326

A) <u>Mayoría de Estados</u>	326
B) <u>Último recurso</u>	328
C) <u>Procedimiento para autorizar la práctica de una cooperación reforzada</u>	330
1) <u>Iniciativa</u>	330
2) <u>Adopción de la decisión</u>	333
3) <u>Control jurisdiccional</u>	336
 <i>SECCIÓN 2: CONDICIONES MATERIALES</i>	341
A) <u>Ambitos posible objeto de cooperación reforzada</u>	342
B) <u>Efectos de la cooperación reforzada</u>	348
 <i>SECCIÓN 3: DESARROLLO</i>	350
A) <u>El sistema jurídico e institucional de la cooperación reforzada y el sistema jurídico e institucional comunitario</u>	350
B) <u>La relación entre la Comunidad Europea y el sistema de cooperación reforzada practicada en su interior</u>	354
C) <u>La relación entre los Estados miembros participantes en el sistema de cooperación reforzada y los que permanecen ajenos a él</u>	354
D) <u>Mecanismo de financiación</u>	356
E) <u>La adhesión a posteriori al sistema de cooperación reforzada: el derecho de adhesión</u>	356
1) <u>De los Estados miembros ajenos al sistema de cooperación reforzada</u>	356
2) <u>De los nuevos Estados miembros que desean adherirse a la Comunidad</u>	360

CAPÍTULO VIII: LA COMPATIBILIDAD CON EL <i>IUS COGENS</i> COMUNITARIO DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA AUTORIZADA EN LA COMUNIDAD EUROPEA POR EL TRATADO DE AMSTERDAM: EL TÍTULO IV TCE	363
---	------------

<i>SECCIÓN 1: CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL NUEVO ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA ORGANIZADO POR EL TRATADO DE AMSTERDAM</i>	<i>363</i>
--	------------

<i>SECCIÓN 2: CONDICIONES FORMALES Y MATERIALES PARA LA PRÁCTICA DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA DEL TÍTULO IV TCE</i>	<i>380</i>
A) <u>Condiciones formales</u>	380
B) <u>Condiciones materiales</u>	381

<i>SECCIÓN 3: DESARROLLO DE LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA DEL TÍTULO IV TCE</i>	<i>383</i>
A) <u>Sistema jurídico e institucional del sistema de integración diferenciada del Título IV TCE</u>	<u>383</u>
B) <u>La relación entre la Comunidad Europea y el sistema de integración diferenciada del Título IV TCE</u>	<u>388</u>
C) <u>La relación entre los Estados miembros participantes en el sistema de integración diferenciada del Título IV TCE y los Estados miembros que permanecen ajenos a él</u>	<u>388</u>
D) <u>Financiación del sistema de integración diferenciada del Título IV TCE</u>	<u>389</u>
E) <u>La adhesión <i>a posteriori</i> al sistema de integración diferenciada del Título IV TCE</u>	<u>389</u>
1) De los Estados miembros ajenos al sistema de integración diferenciada del Título IV TCE: el derecho de adhesión	389

a) Reino Unido e Irlanda	389
i.- Adhesión al acervo Schengen y al acervo del Título IV TCE	391
ii.- Participación en la elaboración y adopción de medidas en desarrollo del acervo Schengen y del Título IV TCE	397
b) Dinamarca	408
2) De los nuevos Estados que desean adherirse a la Comunidad ..	410

SECCIÓN 4: EFECTOS DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN

<i>DIFERENCIADA DEL TÍTULO IV TCE</i>	412
A) <u>La reversibilidad de los compromisos jurídicos comunitario previamente contraídos. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte</u>	412
1) Protocolo nº3 anejo TCE y TUE sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda	414
2) Protocolo nº 4 anejo TCE y TUE sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda en relación con el nuevo Título IV TCE en materia de visados, asilo e inmigración	421
B) <u>La negativa de uno o varios Estados miembros a participar en la profundización de un determinado modo y en un determinado momento. Dinamarca</u>	424
C) <u>El Título IV TCE y el acervo Schengen con base jurídica en él</u>	428
1) La no vinculación del acervo Schengen para Estados miembros: Reino Unido, Irlanda y Dinamarca	428
2) La vinculación del acervo Schengen para Estados no miembros: Islandia y Noruega	432

3) La integración diferenciada de carácter temporal y Schengen ..	435
---	-----

A MODO DE RECAPITULACIÓN.....	441
--------------------------------------	------------

CUARTA PARTE

CAPÍTULO IX

BREVE ANÁLISIS DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN EL TRATADO DE NIZA. ESPECIAL REFERENCIA AL PILAR COMUNITARIO

<i>INTRODUCCIÓN.....</i>	<i>443</i>
--------------------------	------------

SECCIÓN 1: CUESTIONES GENERALES

A) <u>Integración diferenciada y cooperación reforzada en la Unión Europea...</u>	455
B) <u>El modelo de integración diferenciada en la Unión Europea</u>	455
C) <u>La previsión de la práctica de la integración diferenciada en la Unión Europea.....</u>	455
D) <u>Cambios en las disposiciones relativas a la integración diferenciada en la Unión Europea</u>	456
1) La previsión expresa de la posibilidad de practicar una integración diferenciada en la Unión Europea	456
a) Cláusula general de habilitación.	456
b) Cláusula semiespecífica de autorización	457
c) Cláusulas semiespecíficas mixtas (de autorización y habilitación)	458
i.- Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal.....	458
ii.- Política Exterior y de Seguridad Común	459
d) Cláusula específica de autorización	461
2) La previsión implícita de la posibilidad de practicar una integración diferenciada en la Unión Europea	461

SECCIÓN 2: EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA

INTRODUCIDO EN LA COMUNIDAD EUROPEA POR EL TRATADO DE

NIZA 462

A) Aspectos jurídicos formales y materiales de la revisión del TCE 462

1) Aspectos jurídicos formales 462

2) Aspectos jurídicos materiales 463

C) El sistema de integración diferenciada en la Comunidad conforme al Tratado de Niza. Aportaciones y carencias frente al Tratado de Amsterdam 464

1) La cooperación reforzada *habilitada* por el Tratado en el pilar comunitario 464

a) Condiciones de la cooperación reforzada en el pilar comunitario 464

b) Procedimiento para autorizar una cooperación reforzada en el pilar comunitario 469

i.- La Decisión del Consejo 470

ii.- El papel del Parlamento Europeo 475

c) Desarrollo de la cooperación reforzada en el pilar comunitario 476

2) La integración diferenciada autorizada por el Tratado en el pilar comunitario 478

A MODO DE RECAPITULACIÓN 479

CONCLUSIONES 481

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y NORMATIVAS 501

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
Aptdo.	Apartado
art.	Artículo
as.	Asunto
AUE	Acta Única Europea
BCE	Banco Central Europeo
BEI	Banco Europeo de Inversiones
BeuLR	Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja
Bol. CE	Boletín de la Comunidad Europea
Bol. UE	Boletín de la Unión Europea
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDE	Cahiers de Droit Européen
CAJI	Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CIG'92	Conferencia Intergubernamental de 1992

CIG'96	Conferencia Intergubernamental de 1996
CIG 2000	Conferencia Intergubernamental de 2000
CMLR	Common Market Law Review
Coord./Coords.	Coordinador/Cordinadores
CPE	Cooperación Política Europea
Cv.	Convenio
Dir./Dir.	Director/Directores
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
Ed./Eds.	Editor/Editors
EEE	Espacio Económico Europeo
EFSL	European Financial Services Law
EJIL	European Journal of International Law
EJML	European Journal of Migration and Law
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
fdto.	Fundamento
FSE	Fondo Social Europeo
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional
FEOGA	Fondo Europeo de Garantía Agrícola
GJCE	Gaceta Jurídica de la CE
Ibíd.	Ibídem
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly

Id.	Idem
JCMS	Journal of Common Market Studies
JDI	Journal de Droit International
LIEI	Legal Issues of European/Economic Integration
nº	Número
op. cit.	<i>Opus Citata</i>
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
p./pp.	Página/Páginas
pár./párs.	Párrafo/Párrafos
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PIB	Producto Interior Bruto
pto.	Punto
RAE	Revue des Affaires Européennes.
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
Rec.	Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes/Recopilación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
REE	Revista de Estudios Europeos
RGDIP	Revue Général de Droit International Public
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RMC	Revue du Marché Commun

RMCUE	Revue du Marché Commun et de l'Union Européen
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RUDH	Revue Universelle des Droits de l'Homme
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
SME	Sistema Monetario Europeo
ss.	Siguientes
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TCEEA	Tratado de la Comunidad Europea de la E Energía Atómica.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria
UEO	Unión Europea Occidental
últ.	Último
Vid.	<i>Videre</i>

vol.	Volumen
vs.	<i>Versus</i>
VVAA.	Varios Autores

*“No son las malas hierbas las que
ahogan la buena semilla, sino la
negligencia del campesino”
(Confucio).*

INTRODUCCIÓN

Si comparamos el estado actual del proceso de integración europea con el de sus inicios, al finalizar la Segunda Guerra mundial, el resultado es el de un notable salto adelante tanto cualitativo como cuantitativo: la integración económica, objetivo prioritario en un principio, se ha visto acompañada posteriormente por pasos decididos hacia el establecimiento de una integración política y ha servido para mediatizarla.

La Unión Europea tal y como la conocemos hoy día es el resultado de un proceso a lo largo del cual se han ido produciendo revisiones a los Tratados constitutivos iniciales: tres Comunidades (CE¹, CEEA y EURATOM) constituyen el núcleo del proceso integrador, completado por las políticas y formas de cooperación establecidas: Política exterior y de Seguridad Común (PESC), Cooperación Policial y Judicial en materia Penal.

La historia de los quince Estados miembros que hoy forman la Unión Europea, así como la de sus futuros miembros², puede contemplarse globalmente como una historia compartida de la que se puede derivar también una *comunidad* cultural, económica, social, de intereses... Sin embargo, cada uno de esos Estados tiene, al mismo tiempo, una historia, intereses, y cultura propios que le hacen diferente a cualquiera de los otros Estados miembros. Precisamente, los numerosos altibajos que ha sufrido el proceso de integración europea en su casi medio siglo de historia, han estado originados por la afirmación de los intereses, cultura y soberanía nacionales en contraposición a los del resto de Estados miembros y a la unidad e identidad europeas. Estos avatares del proceso de integración europea constatan el continuo conflicto entre los objetivos y necesidades de la integración por un lado, y la posibilidad y voluntad de acción para alcanzarlos, por otro. A consecuencia de ello, la construcción europea se ha visto obligada siempre a caminar en la dirección del

¹ La Comunidad Económica Europea pasó a denominarse Comunidad Europea a partir del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (art. G TUE, DOCE L 224 de 31 de agosto de 1992).

² República Checa, Polonia, Hungría, República Eslovaca, Bulgaria, Rumanía, Repúblicas bálticas (Letonia, Estonia y Lituania), Eslovenia, Chipre y Malta.

equilibrio entre lo común y lo diferente, entre lo colectivo y lo individual, entre la identidad europea y la identidad de cada Estado miembro: en definitiva, se ha tratado de construir una Europa en la que la heterogeneidad no fuera un elemento desintegrador³.

Las diferentes prioridades y estrategias de los Estados miembros respecto de la integración están en el origen del debate integración uniforme-integración diferenciada. A *grosso modo*, diremos ahora que cuando hablamos de integración diferenciada en la Unión Europea nos referimos al mecanismo que pretende reconciliar la heterogeneidad de voluntades, capacidades, intereses y prioridades de los Estados miembros respecto de la profundización de la Unión mediante la asunción por ellos de derechos y obligaciones divergentes, situándolos en distintos niveles de integración; la integración uniforme en la Unión Europea es precisamente lo contrario, es decir, la asunción por todos los Estados miembros de idénticos derechos y obligaciones, salvo aquellos casos en que estuviera justificada una heterogeneidad en dicha asunción, pero sin que en ninguna ocasión los Estados miembros se encuentren situados en distintos niveles de integración dentro de la Unión Europea.

Este debate se ha acentuado durante la última década al hilo de la discusión profundización-ampliación de la Unión Europea. La profundización o avance *de* la integración significa incorporar al sistema de integración comunitario nuevas políticas, ámbitos que anteriormente eran sólo objeto de cooperación, nuevos espacios pertenecientes a ámbitos no suficientemente integrados hasta entonces, incluir bajo el paraguas de la Unión campos no comunitarizados, y/o utilizar la totalidad del entramado de la Unión para la

³ Estos altibajos del proceso de integración europea han sido definidos por GUTIÉRREZ ESPADA, C. con una buena metáfora utilizando las palabras de TIZZANO, A. : "...la historia del proceso de integración europea es el relato lento y contradictorio, acerca del viaje de un tren que se para y marcha, y corre, y se detiene: y retrasa su salida porque mientras se debate cuando será ésta (...)" ("El Tratado de Amsterdam (1997), ¿Avance o estancamiento?". *Noticias de la Unión Europea*. 1999, nº 173, p. 31).

consecución de los objetivos ya establecidos; la ampliación, por su parte, significa la adhesión a la Unión Europea de nuevos Estados.

Conciliar el avance o profundización en la integración con la voluntad y posibilidades de cada Estado miembro en ello, no es tarea fácil; no sólo las condiciones económicas, sociales, objetivas en definitiva, no son siempre convergentes entre los Estados miembros, lo que dificulta o impide una profundización simultánea, sino que, además, los Estados miembros no tienen obligación jurídica de votar positivamente o simplemente de abstenerse ante una propuesta relativa a una profundización de la Unión:

La adhesión de cualquier Estado a la Unión Europea ha exigido y exige la aceptación del acervo existente, del acervo de la Unión⁴. Esto significa que el nuevo Estado miembro acepta el acervo comunitario como expresión de la voluntad de participar en un proceso de integración que supone transferencia o atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, e incluso posibles reformas de ésta, a la Comunidad⁵, sin posibilidad de condicionar o renegociar el marco jurídico comunitario establecido (ya sea derecho originario o derivado, actos de las instituciones, jurisprudencia del TJCE o acuerdos

⁴ Vid. arts. 2 y 3 de las diferentes Actas de Adhesión. En el caso de la Unión Europea adoptamos la expresión *acervo de la Unión* ya que, como dice WIMMER, T., el Estado que se adhiere a la Unión Europea, se adhiere a su marco jurídico y político y consiente en obligarse por todas las obligaciones insertas para él en ese marco. (*Vers une Europe à la Carte après Maastricht? Analyse des dérogations à l'acquis communautaire*. Bruxelles: Presses Universitaires Européennes et Collège d'Europe, 1995, pp. 21-22). Compárense, por ejemplo, los arts. 2 a 5 del Acta relativa a las condiciones de Adhesión del Reino de España y la República Portuguesa a las Comunidades y a las adaptaciones correspondientes de los Tratados (DOCE L 302 de 15 de noviembre de 1985) con los arts. 2 a 6 del Acta relativa a las condiciones de Adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia a la Unión Europea y a las adaptaciones correspondientes de los Tratados (DOCE C 241 de 29 de agosto de 1994).

⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA. P; GONZÁLEZ VEGA, J.A.; FERNÁNDEZ PÉREZ, B. *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Eurolex, 1999, p. 127. Hay quien prefiere hablar de atribución antes que de transferencia justificándolo en que las competencias comunitarias no son necesariamente la copia exacta de las competencias nacionales, aunque sin que eso signifique una valoración sobre la importancia mayor o menor de tal atribución. Sobre esta controversia puede verse LOUIS, J-V. *El ordenamiento jurídico comunitario*. Bruselas: Comisión Europea, 1993, pp. 13-15

internacionales en los que son parte las Comunidades)⁶, y acepta, con iguales limitaciones, los objetivos y obligaciones introducidas por la Cooperación Política Europea o por la Política Exterior y de Seguridad Común y la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior o la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal (según se trate de un momento anterior o posterior a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht o del Tratado de Amsterdam), esto es, el acervo no comunitario.

La aceptación del acervo supone así la aceptación de los objetivos y asunción de los compromisos ya alcanzados y de los establecidos para el futuro, entre los que está la participación en el proceso de integración europea tendente a la creación de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos. Así se desprende, al menos, del Preámbulo del TCEE cuando se refería en su primer párrafo a que los firmantes del Tratado estaban *Resueltos a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*; igualmente, el Acta Única Europea (AUE) de 1986 se refería en su primer párrafo a la *voluntad de proseguir la obra emprendida a partir de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de transformar el conjunto de las relaciones entre sus Estados en una Unión Europea*, y en su artículo 1 decía que el objetivo de las Comunidades Europeas y de la Cooperación Política Europea era *contribuir a hacer progresar de manera concreta la Unión Europea*; por su parte, los párrafos primero y último del Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, Tratado revisado por el Tratado de Amsterdam de 1997, actualmente en vigor, revisado a su vez por el Tratado de Niza de 2000, establece la *formación de la integración europea por etapas*, de la que ese Tratado es sólo una más y, a continuación, en su artículo 1 afirma que las Altas Partes contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, siendo ese Tratado *una*

⁶ Por ejemplo, en una Sentencia de 29 de mayo de 1974, el TJCE declaró que “...les actes relatifs à l’adhésion des nouveaux États membres ont pour objet essentiel d’étendre à ces États l’ensemble du droit communautaire en vigueur à l’époque de l’adhésion.” (As. 185/73, *Hauptzollamt Biefeld vs. Offene Handelsgesellschaft in firma H.C. König*, (Rec. 1974, pp. 607-621, pár. 3).

etapa más en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa; también el actual art. 191 TCE⁷ contempla la función de los partidos políticos a nivel europeo como *factor para la integración en la Unión*.

A partir de lo dicho, la participación de los Estados miembro en el proceso de profundización, la obligación de los Estados miembros de cooperar lealmente entre sí y con las instituciones del proceso de integración parecería suponer dos líneas de conducta complementarias:

- la primera de ellas, abstenerse de protagonizar actitudes obstruccionistas injustificadas ante una propuesta de revisión de los Tratados o ante una propuesta que pretenda profundizar el proceso de integración. La buena fe obligaría a una transparencia y clarificación completa de la posición “obstruccionista”.

- la segunda, la participación de modo activo en el proceso de integración no impidiendo con su voto que prosperasen las propuestas para la profundización.

Ahora bien: la buena fe no es en sí misma un principio jurídico, no es una noción autónoma que produce efectos por sí misma, sino que sólo es un principio moral que tiene efectividad jurídica en la medida en que tome forma jurídica⁸. Precisamente por eso, y dado que el compromiso adquirido de participar en el avance de la integración resulta demasiado vago e impreciso tal y como se ha descrito en los Tratados comunitarios al no haberse determinado de antemano el ámbito, contenido y momento de esa profundización, y no aparecer suficientemente determinado en qué consiste pudiendo ser varias las posibilidades, no parece posible desprender una obligación jurídica general para los Estados miembros de profundizar en la integración europea; la obligación jurídica de profundizar en la integración sólo podrá existir para cada caso concreto, en función de los detalles establecidos en los compromisos jurídicos previamente adquiridos por los Estados miembros. Como consecuencia, de la

⁷ Ex art. 138A.

⁸ ZOLLER, E. *La bonne foi en Droit International Public*. Paris: A. Pedone, pp. 350-351.

oposición de un Estado miembro a una determinada medida más integradora en la Unión Europea, sin haber establecido previamente el compromiso en el que se detalle el ámbito de actuación de tal medida, los mecanismos concretos y el momento para su consecución, no podría derivarse un incumplimiento del Derecho comunitario⁹.

La trascendencia de esa ausencia de obligación está en los casos en que se hace necesaria la unanimidad para la adopción de una determinada profundización en la Unión y la sola negativa de un Estado miembro impide dicha profundización, o cuando la negativa de varios Estados miembros hace imposible alcanzar la mayoría necesaria para adoptar dicha profundización.

Para evitar los bloqueos a que esto puede dar lugar y permitir que aquellos Estados miembros que deseen profundizar en la integración puedan hacerlo, y aquellos que no lo deseen permanezcan ajenos a ella, así como para conseguir también que la incapacidad de ciertos Estados miembros no sea un obstáculo para que otros puedan profundizar, sirve la *integración diferenciada* en la Unión Europea. La integración diferenciada en la Unión supone la utilización de las instituciones, procedimientos y mecanismos de la Unión por sólo algunos Estados miembros dando a luz un sistema normativo aplicable sólo a ellos. La integración diferenciada se convierte, desde este punto de vista, en la *llave maestra* de una futura, ya inminente, Unión Europea ampliada.

Como veremos, sin embargo, la integración diferenciada no es sólo el resultado de intentar conciliar la negativa o incapacidad de algunos Estados miembros para profundizar la Unión Europea, sino también el resultado del

⁹ Si, por otra parte, un Estado miembro manifestara unilateralmente su negativa absoluta ante cualquier avance o profundización en el proceso de integración, obstaculizándolo, abogando por la intangibilidad de su soberanía, transformándola en un principio jurídico absoluto y no relativo, estaría incumpliendo su compromiso con la Unión, negando su voluntad de participar en un proceso de integración, vaciando de contenido, además, los objetivos que al respecto hubiera aceptado con anterioridad (en este sentido vid. LOUIS, J-V. "Quelques réflexions sur la différenciation dans l'Union Européenne", en *Vers une Europe différenciée? Possibilité et limite*. Bruxelles: A. Pedone, 1996, p. 38).

ejercicio de la reversibilidad por parte de algún Estado miembro de los compromisos jurídicos previamente adquiridos dentro de la Unión, que le sitúa en un nivel de integración inferior dentro de ella respecto de otros Estados miembros.

Existen multiplicidad de expresiones para denominar ese mecanismo conciliador entre capacidades y voluntades de los Estados miembros dentro de la Unión Europea (*flexibilidad, diferenciación, cooperación reforzada, elasticidad...*). Nosotros hemos optado (como ya se habrá notado) por la expresión *integración diferenciada*. Ello por dos razones: en primer lugar, la construcción europea desde la constitución de las Comunidades Europeas se concibe como un *proceso de integración*¹⁰; en segundo lugar, independientemente de que el mecanismo concreto pueda considerarse como *flexible* o consista en una *cooperación más estrecha* en determinadas áreas, lo más importante es precisamente su posible *efecto diferenciador*, es decir, si la diversidad de derechos y obligaciones entre los Estados miembros a que da lugar la integración diferenciada puede llegar a quebrar el concepto de Comunidad de Derecho, afectar a la unidad y uniformidad del Derecho comunitario, y en qué medida puede perjudicar también a los otros dos pilares, afectando negativamente, en definitiva, al proceso mismo de integración.

Precisamente esta preocupación por los efectos que pudiera generar una integración diferenciada en la Unión Europea, junto con una realidad inminente que exigía a gritos su existencia primero y consolidación después, han hecho muy atractivo para nosotros estudiar su incidencia sobre la Unión desde el punto de vista jurídico. Ahora bien, conscientes de la excesiva amplitud que supondría un examen de este tipo, prácticamente inabarcable, nos hemos visto obligados a restringir nuestro objeto de estudio.

¹⁰ Vid. primer párrafo del Preámbulo TCEE, Primer párrafo del Preámbulo AUE y su art.1, y primer párrafo del Preámbulo del TUE y su art. 1 (ex art. A)..

El hecho de que la Comunidad Europea, uno de los fundamentos de la Unión Europea, sea el *peso pesado* de las tres Comunidades, se configure como Comunidad de integración y como Comunidad de Derecho, y goce de ciertas peculiaridades en comparación con cualquier otra organización internacional, hacen más que interesante estudiar los efectos de la integración diferenciada en la Comunidad Europea desde el punto de vista jurídico. Precisamente, sobre la base de esas peculiaridades hemos construido nuestro objeto de estudio: el análisis de la compatibilidad de la integración diferenciada *en* la Comunidad con el *ius cogens comunitario*, entendiendo como tal el *príus*, el fundamento de la Comunidad, esencial y consustancial a ella, de obligado cumplimiento e inderogable incluso mediante una revisión del Tratado comunitario: el principio de integración.

A nuestro juicio, pues, la importancia del tema elegido se justifica por sí sola. De un lado, el establecimiento de sistemas de integración diferenciada en el interior de la Comunidad es la única posibilidad de evitar una práctica parálisis de ésta ante la casi inminente ampliación de la Unión Europea a 27 miembros. De otro lado, tales sistemas de integración diferenciada han supuesto la modificación de ciertos elementos configuradores del *ius cogens comunitario* que es preciso estudiar llegando incluso, en algunos casos, a provocar regresiones en la integración en contra de dicho *ius cogens*; quizás dichas regresiones tengan una importancia menor todavía, pero podrían ser el principio del fin de la integración europea. Por otra parte, y a pesar de su importancia, esta perspectiva de la integración diferenciada no ha sido bien explorada todavía por la doctrina española y europea.

Dada la incardinación de la Comunidad Europea en la Unión Europea desde 1992, y su estrecha relación con los otros dos pilares intergubernamentales, especialmente con el relativo a la Cooperación Policial y Judicial en materia penal (anteriormente denominado Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior por el Tratado de Maastricht), son inevitables ciertas

referencia a estos pilares, si bien de forma accesorio. Quedan, pues, fuera de este estudio cualesquiera manifestaciones de integración diferenciada entre los Estados miembros al margen de la Comunidad Europea, ya sea en los ámbitos de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) o en los de Cooperación Policial y Judicial en materia Penal (antigua CAJI)¹¹, ya sea al margen de la Unión Europea¹². Tampoco son objeto de análisis en este Trabajo los modelos de “Europa diferenciada en el espacio” referidos a la totalidad de Europa, como es el caso del modelo de “Círculos concéntricos”¹³: en estos casos se configuran varios grupos de Estados según su pertenencia a diferentes organizaciones internacionales con implicaciones para el territorio europeo. Ninguno de estos modelos nos parece adecuado para tratar el tema de la integración diferenciada *en* la Comunidad Europea por exceder de ésta el marco de acogida¹⁴.

¹¹ Vid. arts. 17.3 (vid. ex J.4.4), 23, 35, 40 TUE.

¹² Vid. arts. 17.4 TUE (vid. ex art. J.4.5), 168 y 306 TCE (ex art. 130K y 233, respectivamente).

¹³ Vid. WIMMER, T. *Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., p. 39. Si bien inicialmente la expresión *Concentric Circles* se limitó a la Comunidad Europea (vid. TUGENDHAT, Ch. “How to get Europe moving again. *International Affairs*. 1985, vol. 61, pp. 427-429), con posterioridad parece que esta expresión se ha ido acercando a una concepción de Europa más amplia que superara a la Unión Europea (vid. WALLACE, H. y WALLACE, W. *Flying together in a larger and more diverse European Union*. Working Documents, w87. Netherlands Scientific Council for Government Policy, 1995, p. 62). Este mismo modelo de *Concentric circles* es denominado por el CEPR *Eccentric circles* (vid. DEWATRIPONT, M.; GIAVAZZI, F.; VON HAGEN, J. (et ali). *Flexible integration. Towards a more effective and democratic Europe*. London: Centre for Economic Policy Research, 1995, pp. 56-57). Una variante del modelo de círculos concéntricos es el de *Magnetic fields*, que pone el acento sobre el poder de atracción que cada uno de los círculos puede ejercer sobre los Estados que no pertenecen a ellos (vid. WALLACE, H. y WALLACE, W. *Flying together...*, op. cit., p. 63).

¹⁴ Entendiendo que integración diferenciada es sólo la que se realiza en el interior de la Unión Europea, MANIN, Ph. “Les aspects juridiques de l’intégration différenciée”. En *Vers une Europe différenciée?*..., op. cit., p. 9. Restrindiendo la expresión de integración diferenciada a la que se realiza en el marco comunitario, vid. JACQUE, J.P. “L’intégration différenciée de lege ferenda”. En *L’intégration différenciée. Journée d’Études Européennes*. 13 décembre 1985. Bruxelles: Institut d’Études Européennes. Université Libre de Bruxelles, p. 19.

La complejidad de las cláusulas insertas en los Tratados, la práctica insuficiente y la ausencia de Jurisprudencia comunitaria relativa a la integración diferenciada en la Comunidad junto con la falta de identificación jurisprudencial de los fundamentos de la Comunidad condicionan, sin duda, el método y la estructura de este Trabajo, así como su contenido, y nos obligan a realizar en muchas ocasiones prudentes esfuerzos de imaginación que nos gustaría poder evitar gracias a una realidad distinta que colaborara en ello.

El Trabajo aparece dividido en cuatro grandes Partes:

La primera cuestión a la que nos dedicamos es, necesariamente, la de identificar de forma concreta qué situaciones jurídicas obedecen efectivamente a una integración diferenciada en la Comunidad, esto es, qué divergencias entre los derechos y obligaciones de los Estados miembros en la Comunidad la concretan. La tarea, aparentemente sencilla, no lo es tanto cuando comprobamos, más allá de la identificación de las variables típicas con base en las que realizar una clasificación, la superposición de términos, vocablos, expresiones e incluso conceptos que surgen continuamente para identificar situaciones jurídicas “ejemplo” de integración diferenciada, y en relación con los que la doctrina no acaba de ponerse de acuerdo.

Tradicionalmente han existido tres variables para clasificar los sistemas de integración diferenciada: tiempo, espacio y materia. Su concreción doctrinal ha dado lugar a una variada terminología dentro de cada una:

- tal variedad tiene su origen, a menudo, en las connotaciones que puede tener un término según el idioma que se utilice; así, una traducción literal del concepto puede dar lugar a diferentes ideas y contenidos respecto de éste¹⁵.

- por otro lado, y al margen del idioma, no existe unicidad en la doctrina respecto a los contenidos de esa terminología especializada o términos correlativos. La consecuencia es que, en muchos casos, dependiendo de la

¹⁵ Sobre este asunto resulta muy ilustrativo MUSSOLF, A. “False friends borrowing the right words? Common Terms and metaphors in European Communication”. En MUSSOLF, A; SCHÄFFNER, Ch.; TOWNSON, M. (Eds.). *Conceiving of Europe: Diversity in Unity*. Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1996, pp. 15-30.

doctrina que leamos, una misma expresión es agrupable en torno a la variable tiempo o la variable espacio, según el significado que los autores atribuyan a esas expresiones o el elemento que prefieran destacar de ellos, tiempo o espacio¹⁶.

Atender únicamente a la existencia o no de los elementos tiempo y espacio para tipificar una integración diferenciada resulta insuficiente en cuanto que ambas variables permanecen en cualquier tipo de integración diferenciada¹⁷: tanto en el caso de la variable tiempo como en el de la variable espacio, se deja abierta la puerta a una integración futura de todos los Estados

¹⁶ Esto es lo que ocurre con el concepto *Abgestufte integration* cuando WIMMER lo introduce dentro del concepto de *integración diferenciada en el espacio*, y no en el de *integración diferenciada en el tiempo* como parece hacer GRABITZ, E. (Compárese WIMMER, T. *Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., p. 48 con GRABITZ, E. "Une formule d'intégration différenciée". En *L'intégration différenciée*. ..., op. cit., pp. 29-30).

¹⁷ Nosotros prescindimos de tomar en consideración la variable materia porque: 1.- cualquier asunción o no de un compromiso por un Estado miembro se refiere siempre a un determinado ámbito material; 2.- la variable espacio es la más adecuada para acoger el significado que se atribuye a la variable materia: si bien respecto de la diferencia entre materia y espacio por un lado, y tiempo por otro, no existe ninguna duda, desde nuestro punto de vista no está tan clara la diferencia que marca la doctrina entre la variable espacio y la variable materia. En el caso de la variable espacial en sentido estricto, se reconoce la existencia de diferencias que pueden ser inevitables en el seno de la Unión/Comunidad Europea permitiendo una separación permanente o irreversible entre un núcleo de Estados miembros que deciden avanzar más en el proceso de integración y otro u otros que voluntariamente permanecen en un estadio inferior; en el caso de la variable materia en sentido estricto, cada Estado miembro puede seleccionar como en un menú, el marco jurídico-político en el que desea participar, conservando sólo un número mínimo de objetivos comunes; mientras en el primer caso se trata de incorporarse a un nivel de integración determinado en el que está incluido un determinado *grupo de materias*, en el segundo caso se trata de una elección *materia por materia*. De cualquier manera, uno y otro caso pueden dar lugar a una disposición espacial permanente de distintos grupos de integración en función de las materias de que se trate; en ambos casos existe, pues, la variable común de la materia. La diferencia entre ellos radicaría en el grado de diferenciación autorizado en función de ésta: en el caso de la variable espacio la mayor parte de la actividad de la Unión/Comunidad Europea es considerada como inaccesible a la integración diferenciada, mientras que en el caso de la variable materia, el ámbito inaccesible a la integración diferenciada resulta prácticamente inexistente (vid., en este sentido, CULLEN, D. "Variable geometry and overlapping circles: in search of a suitable model for justice and home affairs". En BIEBER, R; MONAR, J. (Eds.). *Justice and home affairs in the European Union. The development of the third pillar*. Brussels: European University Press, 1995, p.70; EHLERMANN, C.D. *Différenciation accrue ou uniformité renforcée?* *RMUE*. 1995, nº3, p. 194; STUBB, A.G, "The 1996 Intergovernmental Conference and the management of flexible integration". *Journal of European Public Policy*. 1997, nº 1, vol. 4, p. 39).

miembros en el mismo nivel o estadio de integración, por lo que *hasta entonces* se generan *diferentes niveles* de integración según el tipo de materia de que se trate; es decir, todos los modelos son mixtos¹⁸. Por esta razón, cuando hemos clasificado la integración diferenciada hemos preferido hacerlo atendiendo al grado de compromiso adquirido, esto es, si del contenido específico de cada uno de ellos puede desprenderse la existencia o no de una obligación jurídica de pasar de un estadio inferior a otro estadio superior de integración¹⁹, independientemente de que puedan identificarse con una integración diferenciada en tiempo y una integración diferenciada en el espacio, respectivamente: cuando un Estado miembro se compromete en el mismo grado que el resto de los Estados miembros en todos los ámbitos, el único tipo de integración diferenciada a que puede dar lugar es al de *integración diferenciada en el tiempo*; sin embargo, cuando un Estado miembro no se compromete en el mismo grado que el resto de los Estados miembros, en todos o en algunos ámbitos, se produce una *integración diferenciada en el espacio*. Esto significa que mientras en el caso de la integración diferenciada en el tiempo la asunción de idénticos compromisos por los Estados miembros crea una obligación jurídica para ellos de cambiar de nivel de integración en caso de no encontrarse en el nivel que significa la realización plena y efectiva de los compromisos adquiridos (conozcamos o no el tiempo exacto en el que se producirá -según se trate de tiempo determinado o no-), en el caso de la integración diferenciada en el espacio no existe tal obligación, puesto que los Estados miembros no han asumido los compromisos que exige el nivel de integración superior.

La proliferación de expresiones, términos y clasificaciones relativas a la integración diferenciada, especialmente en los últimos años, y el hecho de que

¹⁸ Como dice STUBB, C-G. A., "... the distinctions (...) are not absolute categorizations since flexibility integration inevitably refers to different speeds for different member states in different areas and sometimes in different integrative units". ("The 1996 Intergovernmental Conference...", op. cit., p. 40; el mismo autor hace una afirmación del mismo tipo en *The semantic indigestion of differentiated integration...*, op. cit., p. 18).

¹⁹ Vid., en este sentido, WIMMER, T. *Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., pp. 27-28, 37 y 46.

ésta aparezca en los tres pilares de la Unión, lejos de ser un hecho aislado en el pilar comunitario, explican la visión general, descriptiva y clarificadora de la integración diferenciada que ofrecemos en la Primera parte de este Trabajo, independientemente de que con posterioridad ciñamos nuestro estudio al Pilar comunitario y volvamos detenidamente sobre algunas manifestaciones de integración diferenciada en su interior.

Una vez determinado en qué casos se genera una integración diferenciada en la Unión Europea, las Partes Segunda, Tercera y Cuarta se centran en el estudio de aspectos y problemas jurídicos que plantea la existencia de una integración diferenciada en la Comunidad Europea. Para ello, estudiamos primero la integración diferenciada en la Comunidad que ve la luz a partir del Tratado de la Unión Europea de 1992; después la que aparece a partir del Tratado de Amsterdam de 1997; para terminar nos dedicamos al nuevo Tratado de Niza de diciembre de 2000, todavía no en vigor.

En la elección del método de estudio, la observación de los efectos de la integración diferenciada en la Comunidad a partir del acto originario por el que ven la luz, esto es, una revisión de los Tratados, han influido decisivamente tres factores: 1.- la integración diferenciada se introdujo en la Comunidad por primera vez mediante una revisión del Tratado (Tratado de Maastricht de 1992); 2.- con anterioridad, el TJCE en su Dictamen 1/91 había reconocido expresamente la imposibilidad de que los Estados miembros pudieran revisar el Tratado introduciendo las modificaciones que desearan, reconociendo así la existencia de límites materiales a la revisión del Tratado comunitario; 3.- la integración diferenciada suponía la existencia de varios niveles de integración dentro de la Comunidad, mientras hasta entonces sólo había existido uno. Este *cambio* en la integración europea no podía dejar de ser analizado a la luz de las peculiares características de la Comunidad.

Con un esquema de observación sobre las tres últimas revisiones del Tratado comunitario pretendemos mostrar, en primer lugar, que la integración

diferenciada arranca de 1992 y que su funcionamiento y estructura tal y como aparecen posteriormente en el Tratado de Amsterdam no son, en puridad, ninguna novedad, sino simplemente la explicitación de lo que ya existía con anterioridad; desde este punto de vista, la integración diferenciada encuentra en 1992 una esencia sin cuyo estudio no nos parece posible comprender verdaderamente su significación; en segundo lugar, que las incoherencias, insuficiencias y amenazas para la futura integración europea introducidas con la integración diferenciada no sólo no se corrigen sino que se confirman e incluso incrementan una y otra vez en las sucesivas revisiones; en tercer lugar queremos mostrar que la integración diferenciada, lejos de ser un capricho momentáneo, se muestra como una preocupación inherente a una *Unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*, esto es, al deseo de una mayor profundización en la Unión, aunque ésta sólo se manifieste entre algunos de ellos y sólo en determinados ámbitos, con el fin de contrarrestar el inmovilismo al que puede llevar una Unión cada vez más numerosa.

Específicamente, en la Segunda Parte de este Trabajo nos centramos en estudiar los cambios que supone en 1992 la existencia de varios sistemas de integración dentro la Comunidad cuando con anterioridad existía sólo uno, el comunitario, y su funcionamiento. Habida cuenta de que la integración diferenciada es una novedad que se introduce en la Comunidad a partir de la revisión de los Tratados de 1992, estudiamos la existencia de límites a la revisión del TCEE (formales y materiales) dada las peculiares características de la Comunidad, y la medida en que la introducción de una integración diferenciada en la Comunidad mediante dicha revisión fue o no compatible con ellos. Intentamos mostrar con ello que la integración diferenciada no es necesariamente, por naturaleza, incompatible con el *ius cogens comunitario*, ni supone una quiebra de éste, sino que dicha incompatibilidad depende exclusivamente de su configuración sobre la reversibilidad de los compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos y/o de los efectos que su

ejecución concreta pueda acarrear en relación con el respeto del señalado *ius cogens*; en estos casos, la integración diferenciada en la Comunidad aparece más como una amenaza que como una milagrosa panacea capaz de solventar males comunitarios.

Sobre la base de lo anterior, en la Tercera Parte estudiamos las disposiciones relativas a la integración diferenciada y su compatibilidad con el *ius cogens comunitario* existente entonces, a partir de la *revisión* realizada por el Tratado de Amsterdam. En esta ocasión, y tras una breve descripción de las novedades introducidas en el régimen de integración diferenciada dentro de la Unión (esencialmente su reconocimiento expreso, la cláusula de habilitación, las cláusulas de autorización,...) seguimos en esencia el esquema utilizado en la Segunda Parte, destacando en especial las insuficiencias e incoherencias de un sistema de integración diferenciada que no sólo se muestra extremadamente complejo y quizás por ello claramente incapaz de contribuir a incrementar el nivel de integración previamente existente entre los Estados miembros en la Comunidad, sino que, además, a nuestro juicio contribuye, igual que ocurriera con anterioridad, a disminuirlo.

Introducimos finalmente en una Cuarta Parte, un breve análisis de la integración diferenciada en la Comunidad introducida por el Tratado de Niza de diciembre de 2000. En dicho análisis, y con el fin de evitar repeticiones innecesarias, estudiamos las pocas modificaciones introducidas en la integración diferenciada regulada por el Tratado de Amsterdam evidenciando sus debilidades, y analizamos asimismo su compatibilidad con el *ius cogens comunitario* existente. El carácter sumario de este análisis se justifica por las siguientes razones: 1.- Las novedades que introduce el Tratado de Niza en materia de integración diferenciada en la Comunidad no son, a mi juicio, destacables (aunque aparentemente pueda parecer lo contrario); 2.- Precisamente por esa razón, no parece posible calificar el Tratado de Niza de

etapa en la configuración de la integración diferenciada en la Comunidad, ni merece ser destacado por ello: simplemente confirma lo que ya conocíamos; 3.- El Tratado de Niza no es todavía Derecho en vigor.

Las fuentes utilizadas en este Trabajo son básicamente doctrinales y sólo en ocasiones acudimos a la jurisprudencia del TJCE, aunque, en este último caso no precisamente por su relación directa con la integración diferenciada. Esto se justifica porque hasta el momento no ha habido pronunciamiento significativo alguno del TJCE en relación a la práctica de una integración diferenciada y porque la puesta en marcha de integraciones diferenciadas en la Comunidad ha sido menos numerosa de lo que nos hubiera gustado para poder confirmar algunas de las afirmaciones que hacemos en este Trabajo.

El hecho de que se ofrezca una panorámica de la integración diferenciada en la Comunidad obliga a fijarse en cada uno de los ámbitos en que ésta se practica; por esa razón, en ocasiones la bibliografía estudiada no se refiere a la integración diferenciada, sino al sector concreto en que ésta se practica; por esa misma razón, y por otro lado, la enorme bibliografía que puede existir en cada uno de estos ámbitos impide abarcar exhaustivamente su totalidad en ello y hemos utilizado sólo fuentes bibliográficas que pudieran sernos útiles en una aproximación al tema sin profundizar específicamente en cada uno de ellos.

La recopilación del material utilizado en el desarrollo de la investigación fue posible gracias a las estancias realizadas, en primer lugar, en el Instituto Universitario Europeo de Florencia (Italia) y, en segundo lugar, en el Colegio de Europa (Brujas), donde se recopilaron, consultaron y seleccionaron buena parte de los trabajos doctrinales que hemos empleado para este Trabajo; el Servicio de Préstamo Interbibliotecario y el Centro de Documentación Europea de la Universidad Carlos III de Madrid han sido también pilares básicos para la realización de este Trabajo.

El hecho de abordar la integración diferenciada desde la perspectiva de la revisión de los Tratados comunitarios nos ha obligado a mantener el equilibrio entre la realidad y el Derecho, entre la política y el Derecho.

PRIMERA PARTE

SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y SU RELACIÓN CON LA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA UNIÓN EUROPEA.

INTRODUCCIÓN:²⁰

La integración diferenciada en la Unión Europea entendida como la utilización de las instituciones, procedimientos y mecanismos de la Unión por sólo algunos Estados miembros dando a luz un sistema normativo aplicable sólo a ellos, genera diversidad de derechos y obligaciones entre los Estados miembros de la Unión, particulariza la condición jurídica de algún o algunos Estados miembros en su interior frente al resto considerado en su conjunto.

Sin embargo, la diversidad de derechos y obligaciones entre los Estados miembros dentro de la Unión y la particularidad en la condición jurídica de algún o algunos Estados miembros en su interior no sólo tiene su causa en la existencia de uno o más sistemas de integración diferenciada, es decir, en la existencia de distintos niveles de integración dentro de la Unión, en la mayor profundización de unos Estados miembros frente a otros dentro de la Unión.

En las páginas siguientes pretendemos clarificar qué concretas divergencias de derechos y obligaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea ilustran una integración diferenciada en su interior y cuáles no. Dicho de otro modo, vamos a estudiar qué situaciones jurídicas particulares de los Estados miembros dentro de la Unión Europea responden a una integración diferenciada dentro de ella y cuáles no; en este último caso, las particularidades en la condición jurídica de uno o varios Estados miembros dentro de la Unión Europea frente a los demás serán el resultado de lo que hemos denominado

²⁰ A lo largo de esta Parte, y salvo que digamos lo contrario, denominaremos TUE o Tratado de la Unión Europea al Tratado que con ese mismo nombre se adoptó en Amsterdam el 10 de octubre de 1997 y que actualmente está en vigor; igualmente, denominaremos TCE o Tratado de la Comunidad Europea al Tratado que con esta denominación surgió de la revisión operada por el inmediatamente antes mencionado, salvo que digamos otra cosa. Cuando hagamos referencia a artículos concretos de estos Tratados, en nota al pie se especificarán, en caso de existir, las correspondencias de estos artículos en los Tratados que los precedieron (especialmente en virtud de ese esquema por etapas al que nos hemos referido en la Introducción). También queremos advertir que a lo largo de todo el Trabajo, y con la finalidad de hacer más dinámica la lectura del texto, las referencias a los diferentes Protocolos anejos al TCE se señalarán como *Protocolos*; sólo en el caso de que estos Protocolos no sean anejos a este Tratado se especificará su anexión

individualizaciones jurídicas con el fin de distinguirlas de las que tienen su causa en la *integración diferenciada*.

CAPÍTULO I: SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES DE LOS ESTADOS MIEMBROS AJENAS A UNA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA UNIÓN EUROPEA.

En los casos que vamos a ver a continuación, todos los Estados miembros profundizan por igual en la Unión Europea, se comprometen en el mismo grado dentro de ella, se sitúan en el mismo nivel de integración. En el ámbito *comunitario* todos se comprometen en el mismo grado en el sistema de integración; esto significa una igualdad en la transferencia de competencias soberanas por parte de los Estados miembros a las Comunidades y una identidad en el momento en que se hace efectiva esa transferencia de competencias. En los ámbitos *intergubernamentales*, la existencia de un mismo nivel en el proceso de integración significa que las obligaciones que se desprenden de ellos son para todos los Estados miembros por igual y para todas las materias por igual, y que las divergencias que pueden existir nunca suponen el establecimiento de cooperaciones más estrechas entre algunos de ellos.

No obstante, lo que acabamos de decir no significa que necesariamente el *contenido concreto* de los derechos y obligaciones de que son sujetos los Estados miembros dentro de la Unión Europea y sus *condiciones de ejercicio* sean idénticos, sino que pueden ser divergentes.

SECCIÓN 1: INDIVIDUALIZACIONES JURÍDICAS BASADAS EN EXIGENCIAS INTRÍNSECAS A LA UNIÓN EUROPEA²¹.

Los casos que vemos a continuación se caracterizan por una participación de todos los Estados miembros en un régimen de derechos y obligaciones uniforme (no idéntico) dentro de la Unión Europea. Este régimen fundamenta la posible heterogeneidad presente o futura de los derechos y obligaciones entre los Estados miembros²², y la subsiguiente condición jurídica particular de alguno de ellos dentro de la Unión, en la existencia de ciertas exigencias basadas en los objetivos y principios de la Unión Europea y por ello intrínsecos a la propia Unión; en este sentido podemos decir que se trata de . *exigencias intrínsecas a la Unión Europea*²³.

Estas individualizaciones jurídicas responden a un modelo de *integración completa o perfecta*²⁴.

En unos casos, el origen último de esas exigencias intrínsecas hay que situarlo en la consecución de los objetivos preestablecidos por los Tratados. La consecución de los objetivos comunitarios establecidos es la que justifica el establecimiento de determinadas disposiciones jurídicas para unos Estados miembros y no para otros; de otra manera, tales objetivos podrían verse distorsionados o no alcanzados. En otros casos, el origen último de esas

²¹ Queremos hacer en este momento una puntualización: las individualizaciones jurídicas pueden ser de uno o varios Estados miembros. La referencia que haremos, en adelante, a un solo Estado miembro no debe entenderse como la imposibilidad de individualizar a varios de ellos; se trata simplemente de una opción para facilitar la lectura del texto.

²² Decimos *presente* o *futura* porque es posible que los Estados miembros disfruten de un régimen particular *ab initio*, o bien que ese régimen exista después, *a posteriori*, a consecuencia de *circunstancias sobrevenidas*.

²³ Hay que reconocer que, independientemente de que jurídicamente se encuentre justificada una determinada divergencia entre derechos y obligaciones de los Estados miembros dentro de la Unión Europea, su concreción no está exenta de factores políticos.

²⁴ La expresión *integración completa* la tomamos de la expresión francesa *intégration complète* utilizada por GRABITZ, E. ("Une formule d'intégration différenciée". En *L'intégration différenciée*. Journée d'Études. Bruxelles: IEE (Université Libre de Bruxelles), 1986, pp. 31 y ss).

exigencias está en el respeto de un principio estructural del orden jurídico comunitario, como es el de distribución de competencias entre Estados miembros y Comunidad:

- De la lectura del artículo 2 TCE²⁵, se desprende que el espacio comunitario debe ser lo más equilibrado y homogéneo posible en el régimen de realización de las diferentes actividades económicas; estas actividades económicas tienen que desarrollarse en el respeto de la economía de mercado tal y como se desprende de los arts. 4 y 98 TCE²⁶. Ese propósito de homogeneidad y equilibrio no resulta sorprendente si tenemos en cuenta que sólo en esas condiciones el mercado puede ser eficiente, equitativo y estable²⁷.

El libre juego de oferta y demanda que supone la economía de mercado puede conducir en ocasiones a situaciones (deterioro de las condiciones de competencia, abuso ante los consumidores, subproducción en ciertos sectores, deterioro del patrimonio colectivo, *dumping* social,...) que generan ineficiencia, inequidad e inestabilidad en el mercado y que exigen la introducción de *mecanismos correctores o reequilibradores* al respecto. Estos mecanismos correctores del funcionamiento del mercado pueden concretarse en las individualizaciones jurídicas a que nos estamos refiriendo²⁸, en cuyo caso se

²⁵ Ex art. 2, también TCEE.

²⁶ Ex arts. 3A y 102A, también TCEE el último.

²⁷ La *eficiencia* del mercado indica la imposibilidad de realizar una reorganización económica y/o un comercio que aumente la utilidad o la satisfacción de un individuo sin reducir la de algún otro. La *equidad* supone la existencia de un equilibrio aceptable de renta y riqueza entre los miembros de ese mercado. La *estabilidad* económica es aquella situación en la que se controlan los factores que pueden producir dificultades económicas (inflación, desempleo...). (Vid. SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, W. D. *Economía*. Madrid: Mc Graw-Hill/Interamericana de España, 1999, pp. 290-292 y 726-727; sobre el papel de estas variables en el sistema económico comunitario puede verse, VVAA. *Eficacia, estabilidad y equidad. Una estrategia para la evolución del sistema económico de la Comunidad Europea*. Madrid: Alianza Editorial, 1987, 236 pp.).

²⁸ Decimos *pueden* porque no necesariamente todos los mecanismos correctores se concretan en individualizaciones jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en el tipo de interés que fija el BCE como mecanismo corrector de las inestabilidades en materia de inflación (vid. art. 105.2 TCE (ex art. 105.2) y art. 3.1 Protocolo nº18 (ex Protocolo nº 3) sobre los estatutos del SEBC y del BCE).

articulan sobre los principios de igualdad²⁹, solidaridad³⁰ y proporcionalidad³¹, Principios Generales del Derecho comunitario. Estos Principios expresan los valores del ordenamiento jurídico comunitario, explicitan el Derecho contenido en los Tratados y son intrínsecos a los fines a conseguir.

²⁹ Este Principio se recoge específicamente en los arts. 12, 39, 43, 50, 54, 58, 72, 75, 90, 141 TCE (ex arts. 6 (art. 7 TCEE), 48, 52, 60, 65, 73D, 76, 79, 95 y 119, respectivamente, también TCEE). El principio de igualdad y no discriminación consiste en tratar de forma similar situaciones similares y de forma diferente situaciones diferentes, permitiendo sólo un trato distinto cuando esté justificado por diferencias objetivas. Vid., por ejemplo, entre la numerosa jurisprudencia: STJCE de 17 de julio de 1963, as. 13/63, *Italia vs. Comisión*, Rec. 1963, pp. 339-365, p. 360; STJCE 19 de octubre de 1977, as. 117/76 y 16/77, *Ruckdeschel et Hansa-Lagerhaus vs. Hauptzollant Hamburg-St. Annen*, y *Diamalt AG vs. Hauptzollant Itzehoe*, Rec. 1977, pp. 1753-1773, pár. 7; STJCE de 25 de noviembre de 1986, as. 201/85 y 202/85, *Klensch y otros vs. Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture*, Rec. 1986, pp. 3503-3512, pár. 9; STJCE de 21 de febrero de 1990, as. acumulados C-267/88 a C-285/88, *Wuidart y otros vs. Laiterie coopérative eupenoise y otros*, Rec. 1990, pp. 467-489, párs. 27 y 30; STJCE de 19 de marzo de 1992, as. C-311/90, *Josef Hierl vs. Hauptzollant Regensburg*, Rec. 1992, pp. 2076-2084, párs. 10-13 y 18-19; STJCE de 22 de octubre de 1992, as. C-85/90, *William Dowling vs. Irlanda, Attorney General & Minister for Agriculture and Food*, Rec. 1992, pp. 5325-5334, pár. 22.

³⁰ Extraído inicialmente del art. 5 TCEE, hoy art. 10 TCE, por la Jurisprudencia del TJCE, actualmente este artículo ha quedado como una especificidad de tal principio. Este principio puede definirse de forma general como la exigencia, a Estados miembros e instituciones comunitarias, de colaborar en la superación de las dificultades, facilitando, mejorando y preservando la aplicación eficaz del Derecho comunitario para alcanzar los objetivos para los que éste se ha dado, teniendo en cuenta las situaciones específicas de los Estados miembros, en interés de la Comunidad, llegando a sacrificar incluso, en ocasiones, los intereses propios de algunos Estados miembros. Vid., por ejemplo, entre la abundante jurisprudencia: STJCE de 15 de enero de 1986, as. 52/84, *Comisión vs. Bélgica*, Rec. 1986, pp. 100-106, pár. 16; STJCE de 2 de febrero de 1989, as. 94/87, *Comisión vs. R.F.A.*, Rec. 1989, pp. 189-193, pár. 9; STJCE de 10 de julio de 1990, as. C-217/88, *Comisión vs. R.F.A.*, Rec. 1990, pp. 2899-3375, pár. 33; STJCE de 21 de marzo de 1991, as. C-303/88, *Italia vs. Comisión*, Rec. 1991, pp. 1470-1486, pár. 58; STJCE de 10 de junio de 1993, as. C-183/91, *Comisión vs. Grecia*, Rec. 1993, pp. 3146-3152, pár. 19; STPI de 12 de diciembre de 1996, as. T-380/94, *Aiufass y AKT vs. Comisión*, 32 pp. pár. 54.

³¹ Aparece recogido expresamente en los arts. 5, 30, 34.2, 39.3, 46 y 134 TCE (ex arts. 3B, 36, 40.3, 48.3, 56 y 115 respectivamente, también TCEE, excepto el art. 3B). En lo que a nosotros nos interesa, el principio de proporcionalidad significa que la individualización jurídica practicada debe ser la estrictamente necesaria para alcanzar la finalidad deseada con ella. Vid., por ejemplo, entre la jurisprudencia: STJCE de 13 de mayo de 1971, as. cjtos. 41-44/70, *International Fruit Company y otros vs. Comisión*, Rec. 1971, pp. 411-429; STJCE de 14 de julio de 1983, as. 174/82, *Procedimiento penal contra Sandoz*, pp. 2445-2466, párs. 18-19; STJCE de 28 de enero de 1986, as. 188/84, *Comisión vs. Francia*, Rec. 1986, pp. 285-308, párs. 13 y ss; STJCE de 11 de mayo de 1989, as., 25/88, *Procedimiento penal contra Esther Renée Wurmser y otros*, Rec. 1989 pp. 1124-1131, pár. 13; STJCE de 13 de diciembre de 1990, as. C-42/90, *Procédure pénale contra Bellon*, Rec. 1990, pp. 4878-4885, párs. 13-15.

- Conforme al art. 7 TCE³², “Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado”. El art. 5 TCE³³, cuyo respeto exige expresamente el art. 2 TUE³⁴ como condición para alcanzar los objetivos de la Unión, establece que “La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado”.

Las reticencias de los Estados miembros a abandonar toda capacidad de acción cuando las acciones comunitarias, incluso las realizadas en ejercicio de competencias exclusivas, pueden tener una cierta incidencia sobre determinados ámbitos (al margen de consideraciones económicas); ello ha propiciado que el propio Tratado recoja expresamente una serie de cláusulas que permiten a los Estados miembros no cumplir el Derecho comunitario cuando incida sobre: a) ámbitos inherentes al cumplimiento de las funciones generales del Estado y de competencia exclusiva de éste, concretamente los relacionados con los intereses esenciales para su seguridad interior y exterior (reservas de competencia o *de soberanía*³⁵); b) ciertos ámbitos que los Estados miembros pueden proteger por considerar que afectan fuertemente a su interés general aunque sólo en tanto y cuanto no los proteja el Derecho comunitario³⁶.

³² Ex art. 4, también TCEE.

³³ Ex art. 3B.

³⁴ Ex art. B.

³⁵ SIMON, D. *Le système juridique communautaire*. Paris: PUF, 1998, p. 88.

³⁶ Arts. 30, 39 y 45 TCE (ex arts. 36 48 y 55 respectivamente, también en el TCEE). Estas cláusulas simplemente suponen una reserva de actuación estatal eventual y secundaria de la comunitaria; no deben confundirse con las cláusulas de *reservas de soberanía o reservas de competencias de los Estados*, relativas a ámbitos en los que los Estados miembros mantienen unas competencias exclusivas y perpetuas. Vid., por ejemplo, en este sentido: GORI, P. *Le clauses de sauvegarde des Traités CECA et CEE*. Heule: UGA, 1965, p. 190; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El sistema de competencias de la Comunidad Europea”. Madrid: Mc Graw Hill, 1997, p. 146; PÉREZ DE LAS HERAS, B. “Las libertades económicas comunitarias”. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, p. 52. Entre la jurisprudencia vid., por ejemplo: STJCE de 15 de diciembre de 1976, as. 35/76, *S.p.a. Simmenthal vs. Ministerio de Finanzas*, Rec. 1976, pp. 1871-1891, pár. 24; STJCE de 5 de diciembre de 1977, as. 5/77, *Carlo Tedeschi vs. Denkavit*, Rec. 1977, pp. 1555-1582, pár. 34; STJCE de 12 de julio de 1979, as. 153/78, *Comision vs. Alemania*, Rec. 1979, pp. 2555-2574, pár. 5.

Las cláusulas que permiten estas excepciones son directamente utilizadas por los Estados miembros, sin necesidad de autorización previa por parte de las autoridades comunitarias; por eso, en estos casos la aplicación de la normativa comunitaria por cada uno de ellos dependerá de la interpretación que ellos mismos hagan de las circunstancias concretas que permiten la excepcionalidad en su aplicación, sin perjuicio del control que *a posteriori* puedan realizar las autoridades comunitarias. Será cada Estado miembro pues, el que determine *a priori* la necesidad de actuar medidas que exceptúen en todo o en parte el cumplimiento de una normativa comunitaria en virtud de la distribución de competencias realizada entre Estados miembros y Comunidad.

Por otra parte, el objetivo de la Unión de alcanzar una identidad en el ámbito internacional, a través de una Política Exterior y de Seguridad Común, así como el de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, en particulara través de una Cooperación Policial y Judicial en materia penal³⁷ (art. 2 TUE³⁸), exigen el cumplimiento de las obligaciones asumidas para ello por los Estados miembros.

Sin embargo, es posible que los Estados miembros no tengan que cumplir tales obligaciones ante la concurrencia de determinadas *circunstancias excepcionales* expresamente tasadas de antemano, relacionadas con el ejercicio de las funciones que son inherentes a su condición de Estados soberanos (política exterior, política de defensa y seguridad interior). Posiblemente, los Estados miembros han querido dejar así a salvo expresamente su soberanía.

A continuación estudiamos las manifestaciones concretas de este tipo de inividualizaciones jurídicas que se traducen en ciertas excepciones o particularidades al cumplimiento del Derecho de la Unión Europea para algún

³⁷ Esta Cooperación Policial y Judicial en materia Penal sustituye a la antigua Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, parte de la cual aparece actualmente en el Título IV TCE.

³⁸ Ex art. B.

Estado miembro, limitadas, precisas, y de efecto siempre integrador, causadas por exigencias intrínsecas a la Unión Europea, y que no generan una *integración diferenciada* tal y como la hemos definido nosotros.

A) Individualizaciones jurídicas transitorias.

El fundamento de este tipo de individualizaciones jurídicas está en la incapacidad objetiva del Estado miembro en cuestión para aplicar inmediatamente el contenido de determinados actos³⁹, ya sean comunitarios, ya sean los ámbitos interbubernamentales.

Este tipo de individualizaciones jurídicas adquieren vigencia durante periodos transitorios. A través de ellos se facilita al Estado miembro en cuestión la superación de sus dificultades en relación con los compromisos suscritos dentro de la Unión Europea y se le otorga un periodo de tiempo que le permite su adaptación al acervo en vigor. De realizarse una aplicación inmediata de éste, las desigualdades y desequilibrios entre los Estados miembros provocarían efectos muy negativos, no sólo sobre el Estado miembro en cuestión, sino sobre todos los Estados miembros y la propia Unión, llegando a afectar a la realización de sus objetivos. El propio art. 2 TUE en su último párrafo y los arts. 3 y 4 TCE⁴⁰ se refieren a la realización de los objetivos de los Tratados de forma gradual.

Las individualizaciones jurídicas transitorias producen efectos durante un periodo de tiempo determinado, concreto. Tras ese periodo de tiempo, el Estado miembro que goza de esa situación jurídica particular que se traduce en excepciones y particularidades en el cumplimiento del Derecho de la Unión tal y como está establecido para el resto de Estados miembros, se convierte en

³⁹ Nótese que *no* se trata de dificultades que aparecen *a partir del funcionamiento* de la medida.

⁴⁰ Ex art. B y ex arts. 3 y 3A, respectivamente; vid. también el art. 3 TCEE.

destinatario de los derechos y obligaciones de ese Derecho en las condiciones antes sometidas a plazo⁴¹.

1) Individualizaciones jurídicas transitorias con origen en el Derecho originario.

Desde su adhesión, los Estados miembros están obligados por todo el acervo de la Unión en las condiciones previstas en los Tratados originarios y sus respectivas Actas de Adhesión⁴². En estas últimas se establecen las

⁴¹ Las *cláusulas de salvaguardia* pueden también excepcionar del cumplimiento del Derecho comunitario a un Estado miembro por un plazo limitado de tiempo, igual que las individualizaciones jurídicas transitorias. Sin embargo, no parece que puedan identificarse plenamente con ellas por dos razones:

- en las medidas de salvaguardia es el *funcionamiento regular* de las medidas comunitarias el que crea las dificultades, los problemas y los conflictos; son dificultades *a posteriori* y las excepciones a que dan lugar son *excepciones al funcionamiento normal* de tales medidas. Sin embargo, las excepciones que derivan de las individualizaciones jurídicas transitorias sirven *para el funcionamiento normal* de las medidas y tienen su origen en problemas aparecidos *a priori*, en el *establecimiento* de las medidas, para permitir su adaptación a ellas.

- aunque las medidas de salvaguardia están sometidas a plazo, la desaparición de las circunstancias que están en su origen no depende tanto del comportamiento del Estado miembro, sino de otros factores que éste no siempre puede controlar; por eso, la existencia de un plazo en las medidas de salvaguardia únicamente parecería servir para la revisión de la situación que dio origen a dichas medidas: si transcurrido el plazo no se ha producido en aquellas circunstancias un cambio que permita prescindir de las medidas de salvaguardia, estas pueden prorrogarse. Sin embargo, en las individualizaciones jurídicas transitorias ocurre lo contrario: por esta razón, si llegado el plazo no ha habido adaptación, la normativa general se aplicará con todas sus consecuencias, salvo que, excepcionalmente, se prorrogue la excepción.

⁴² Como ya hemos dicho con anterioridad (vid. *Supra*, Introducción inicial a este Trabajo) adoptamos la expresión *acervo de la Unión* porque compartimos la opinión de WIMMER, T. de que el Estado que se adhiere a la Unión Europea se adhiere a su marco jurídico y político y consiente en obligarse por todas las obligaciones insertas para él en ese marco. (*Vers une Europe à la Carte après Maastricht? Analyse des dérogations à l'acquis communautaire*. Bruxelles: Presses Universitaires Européennes et Collège d'Europe, 1995, pp. 21-22). El acervo de la Unión incluye, por tanto, el acervo del Pilar comunitario junto el acervo de los otros dos pilares intergubernamentales (PESC y Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal).

condiciones en las que se realiza tal adhesión, las adaptaciones necesarias de los Tratados y los regímenes transitorios⁴³.

Estos periodos transitorios son el resultado de actos jurídicos, en este caso acuerdos internacionales, celebrados con una doble finalidad: por un lado, facilitar la incorporación de los nuevos Estados miembros a la Unión Europea permitiéndoles hacer, en un periodo de tiempo prefijado, los ajustes necesarios para la plena observancia del acervo de la Unión; por otro lado, preparar a los otros Estados miembros para afrontar una Unión con nuevos Estados miembros.

Estas medidas transitorias son *medidas necesarias* para el buen funcionamiento de la Unión, *medidas reequilibradoras*, medidas que pretenden homogeneizar el espacio de la Unión en función de la situación objetiva que presenta cada nuevo Estado que se adhiere a ella, y cuyo contenido se caracteriza por ser preciso, limitado y provisional⁴⁴. Los periodos transitorios

⁴³ Aunque nos refiramos a los periodos transitorios que surgen de las Adhesiones de nuevos Estados a la Unión, también el TCEE de 1957 (Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea) contó en su momento con Protocolos anejos en los que se establecían disposiciones particulares para facilitar ciertas adaptaciones de algunos de los Estados miembros originarios: vid., por ejemplo, Protocolo nº13 sobre el contingente arancelario para las importaciones de plátanos y Protocolo nº14 sobre el contingente arancelario para las importaciones de café verde.

⁴⁴ La reunificación alemana de 3 de octubre de 1990 evitó un procedimiento de Adhesión de la República Democrática Alemana pero introdujo un nuevo elemento en el marco de las Comunidades que necesariamente había que tener en cuenta. La reunificación suponía, en definitiva, asumir la existencia de un nuevo Estado alemán dentro de la Comunidad, algo que debía ser afrontado, no sólo por los actuales Estados miembros, sino por todo el entramado de ese Estado. De ahí que se hiciera necesaria la creación de medidas transitorias para la adaptación a la nueva situación: vid., por ejemplo: el Reglamento nº 3577 del Consejo de 4 de diciembre de 1990 relativo a las medidas transitorias y a las adaptaciones necesarias en el sector agrícola como consecuencia de la unificación alemana (DOCE L 353 de 17 de diciembre de 1990), cuya finalidad era la de facilitar la integración de la agricultura del territorio de la antigua República Democrática Alemana en la Política Agrícola Común; Directiva nº 90 del Consejo de 4 de diciembre de 1990, relativa a las medidas transitorias y a las adaptaciones necesarias de las Directivas fitosanitarias, de semillas, de plantones y de nutrición animal, así como de la legislación veterinaria y zootécnica, con motivo de la unificación alemana (DOCE L 353 de 17 de diciembre de 1990), que perseguía idéntico fin.

de las Actas de Adhesión favorecen la integración, evitan el impacto negativo sobre ella de una ampliación⁴⁵.

El periodo transitorio está determinado en cada Acta de Adhesión⁴⁶; llegada la fecha establecida para el fin de dicho periodo, el acervo de que se trate adquiere plena vigencia en el Estado que corresponda.⁴⁷

⁴⁵ WIMMER, T. *Vers une Europe...*, op. cit., p. 25.

⁴⁶ Este periodo transitorio puede venir fraccionado en fechas y materias. Cuando, por ejemplo, España se adhirió a las Comunidades Europeas, no se integró automática y completamente en el sistema del arancel aduanero único, sino que para ello se estableció una progresión temporal y material: los derechos de aduana de importación entre la Comunidad y España habrían de ser suprimidos progresivamente hasta el 1 de enero de 1993; sin embargo, determinadas importaciones quedarían exentas de los derechos de aduana a partir del 1 de marzo de 1986 (art. 31 Acta de Adhesión); las restricciones cuantitativas a la importación y exportación, así como cualquier medida de efecto equivalente serían suprimidas el 1 de enero de 1986, si bien podrían seguir sometidos a restricciones cuantitativas a la importación determinados productos por parte de España hasta el 31 de diciembre de 1988 o el 31 de diciembre de 1989; de igual modo, la Comunidad podría mantener hasta el 31 de diciembre de 1988, restricciones cuantitativas a la exportación de determinados productos procedentes de España (arts. 42, 43 y 45 Acta de Adhesión -DOCE L 302 de 15 de noviembre de 1985-).

⁴⁷ Nada impide que se produzca una prórroga del periodo transitorio o que se adelante su terminación si las circunstancias así lo exigen. En todas las Actas de Adhesión se establece que sus disposiciones no podrán ser “suspendidas, modificadas o derogadas por procedimientos distintos de los previstos en los Tratados originarios para la revisión de dichos Tratados”, *salvo* que en la propia Acta se disponga otra cosa. Este fue el caso del periodo transitorio establecido para España y Portugal en materia de acceso a las aguas y recursos pesqueros comunitarios que, en principio, se prolongaba hasta el año 2002 (arts. 162 y 350 del Acta de Adhesión en relación con el art. 43 TCEE), y que fue derogado por el Reglamento n° 1275 del Consejo de 30 de mayo 1994, relativo a las adaptaciones del régimen previsto en los Capítulos dedicados a la Pesca en el Acta de Adhesión de España y Portugal, por considerarlo injustificado llegado ese momento (DOCE L 140 de 3 de junio de 1994). También puede ocurrir el caso contrario: los arts. 90 y 257 del Acta de Adhesión de España y Portugal preveían la adopción de medidas transitorias para el paso del régimen existente en estos Estados miembros en materia de agricultura a la organización común de mercado en esta materia, con el límite máximo del 31 de diciembre de 1987. Sin embargo, el segundo apartado de ambos artículos establecía la posibilidad de que el Consejo pudiera prolongar este límite; el Reglamento n° 4007 del Consejo de 22 de diciembre 1987 (modificado en varias ocasiones) prorrogó las medidas transitorias con arreglo a ese apartado hasta el 31 de diciembre de 1988 para España, y hasta el 31 de diciembre de 1990 para Portugal, basándose en las dificultades apreciables que todavía podían encontrar determinados sectores en estos países en relación con la correspondiente aplicación del régimen de la organización común de mercados (DOCE L 378 de 31 de diciembre de 1987).

2) Individualizaciones jurídicas transitorias con origen en el Derecho derivado.

Los actos de Derecho derivado también pueden contener disposiciones transitorias excepcionadoras de su cumplimiento, ya sea en su totalidad o en contenidos específicos, ya sea para un Estado en especial o sin especificar qué Estado, atendiendo, en este último caso, a concretos criterios objetivos que serán los determinantes para poder acogerse a tales excepciones. Tales disposiciones transitorias tienen una fecha límite prefijada, son específicas y precisas. Estas disposiciones transitorias se justifican en la situación de dificultad objetiva particular de un Estado miembro frente a otros para el cumplimiento de la medida de que se trate.

El art. 15 TCE⁴⁸ es el único que recoge explícitamente la posibilidad de establecer medidas transitorias de este tipo en el Derecho comunitario derivado: la Comisión deberá *tener en cuenta* “la importancia del esfuerzo de determinadas economías, que presentan un nivel de desarrollo diferente”, en la elaboración de sus propuestas para la consecución del mercado interior del art. 14 TCE⁴⁹, pudiendo adoptar para ello medidas excepcionadoras de su cumplimiento cuyo límite es su temporalidad y la menor perturbación posible al mercado interior. Dicha excepción, recogida expresamente en el acto comunitario de que se trate, puede ser automática⁵⁰, o bien puede ser necesaria

⁴⁸ Ex art. 7C, art. 8C TCEE. Este artículo tiene otra vertiente para su puesta en práctica que le relaciona con las individualizaciones permanentes (vid., *Infra*, nota al pie n° 59).

⁴⁹ Ex art. 7A, art. 8A TCEE.

⁵⁰ Un ejemplo de este tipo lo encontramos en la Directiva n° 361 del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del entonces art. 67 TCEE, relativo a la libre circulación de capitales (DOCE L 178 de 8 de julio de 1988). En esta Directiva se denomina “situación difícil” a aquélla en la que se encuentran Grecia e Irlanda respecto de su balanza de pagos y su deuda exterior. Una liberalización completa e inmediata de los movimientos de capitales en estos Estados miembros “haría más difícil proseguir las acciones emprendidas para mejorar su posición exterior y reforzar la capacidad de adaptación de su sistema financiero a las exigencias de un mercado financiero integrado en la Comunidad”. Esta es la razón por la que se consideró “de acuerdo con el artículo 8C del Tratado, conceder a dichos Estados miembros plazos suplementarios adaptados a su situación específica para que apliquen las

la solicitud por parte del Estado miembro interesado con anterioridad a la aplicación de tal normativa⁵¹.

B) Individualizaciones jurídicas no transitorias.

El origen de estas individualizaciones jurídicas está en las circunstancias objetivamente diferentes en que se encuentra un determinado Estado miembro respecto a los demás; tales circunstancias son:

a) la diferencia de desarrollo de determinados Estados miembros o regiones de estos, cuya desventajosa situación (geográfica, económica,...) puede tener una incidencia negativa sobre los propios objetivos comunitarios, impidiendo incluso su consecución.

obligaciones derivadas de la presente Directiva" (Considerando 6). Concretamente, la Directiva estableció un plazo de transposición que finalizó el 1 de julio de 1990, mientras que para determinados movimientos de capitales para Irlanda y la República Helénica, el plazo se extendió hasta el 31 de diciembre de 1992 (art. 6.2, 1er pár. y Anexo IV, punto III). En la misma Directiva se permitió a España y Portugal mantener restricciones a determinados movimientos de capital hasta el 31 de diciembre de 1992, ante las nuevas obligaciones que introdujo la Directiva en sentido contrario, y que no habían sido contempladas, por no existir, en las Actas de Adhesión de estos dos Estados (Considerando 5, art. 6.2). La razón fue la necesaria adaptación de estos Estados a la nueva situación, al nuevo Derecho. Otro ejemplo de este tipo lo encontramos en la Directiva nº 609 del Consejo de 24 de noviembre de 1988 sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión (DOCE L 336 de 7 de diciembre de 1988); en su art. 5 se concedió a España una excepción temporal y limitada con respecto a la aplicación plena del valor límite para las emisiones de dióxido de azufre establecido para las nuevas instalaciones.

⁵¹ Un ejemplo de este tipo lo encontramos en la misma Directiva referida en la nota anterior, la Directiva nº 361 del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 TCEE, relativo a la libre circulación de capitales (DOCE L 78..., cit.). Si, como hemos dicho, en su art. 6.2 1er. pár, exoneraba a la República Helénica, Irlanda, España y Portugal del cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de la Directiva durante un periodo transitorio, en el segundo párrafo del mismo artículo permitía a estos mismos Estados miembros, previa petición antes de que expirara tal periodo, prorrogarlo durante un máximo de tres años. La razón estaría en la todavía incapacidad de estos Estados miembros para proceder a la liberalización de capitales debido, principalmente, a dificultades en su balanza de pagos o un insuficiente grado de adaptación de su sistema financiero nacional. La Directiva nº 122 del Consejo de 21 de diciembre de 1992, autorizó a la República Helénica a aplazar la liberalización de determinados movimientos de capitales, en virtud de lo dispuesto en el art. 6.2 de la Directiva nº 361 antes referida (DOCE L 409 de 31 de diciembre de 1992).

b) las dificultades que pueden surgir para un Estado miembro o la afectación negativa que éste puede sufrir a raíz del funcionamiento de una medida comunitaria o de la Unión. No se trata ya de una cuestión de adaptación al Derecho de la Unión, como ocurría en el caso de las individualizaciones jurídicas transitorias, sino de la asunción de los efectos que ese Derecho puede acarrear una vez que se pone en marcha y no antes. En el ámbito comunitario, estas individualizaciones jurídicas no transitorias que pueden ponerse en marcha tienen como finalidad: 1) tratar de paliar la situación en que se encuentran esos Estados miembros y que puede amenazar los objetivos comunitarios; 2) preservar determinados *intereses legítimos* del Estado mientras no sean protegidos por el Derecho comunitario; 3) respetar el ejercicio, por parte del Estado miembro de que se trate, de aquellas competencias inherentes a su soberanía y que no han sido transferidas, evitando así que se produzcan interferencias no deseadas por parte del Derecho comunitario en estos ámbitos. En el ámbito intergubernamental, las individualizaciones jurídicas quedarían asimiladas a estas últimas que acabamos de mencionar.

c) La violación grave y persistente por un Estado miembro de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el Estado de Derecho.

La finalización de una individualización jurídica de este tipo está determinada por la desaparición de la circunstancia objetiva que dio lugar a ella y no tanto por el transcurso de un plazo, a diferencia de lo que ocurría en las individualizaciones jurídicas transitorias; de hecho, no siempre las individualizaciones jurídicas no transitorias van acompañadas de un plazo de tiempo. Cuando se acompañan de plazo, éste parece concebirse como parte del método de control de la permanencia o no de la situación objetivamente diferente que ha obligado a la individualización, ante la posibilidad de prorrogarla o renovarla, y no tanto como un límite de tiempo para la superación de las circunstancias que la originan. Ello, porque tales individualizaciones

pueden prolongarse: en unos casos porque las circunstancias que obligan a la individualización son absolutamente inamovibles; en otros porque el cambio de tales circunstancias puede depender, ya *a priori* y en grado importante, de ciertos elementos externos ajenos al comportamiento que pueda tener el Estado miembro en cuestión; en otros porque resulta imposible la aplicación del Derecho de la Unión (no existe el objeto para ello); y en otros porque realmente no se trata de excepciones al cumplimiento del Derecho de la Unión sino de su funcionamiento regular. En consecuencia, la individualización podrá existir mientras se dé la situación objetivamente diferente que *obliga* a individualizar la condición jurídica de un Estado miembro determinado, o incluso de parte de éste, respecto al conjunto⁵², dentro de la Unión Europea.

1) Individualizaciones jurídicas no transitorias derivadas de la concesión de ayudas financieras comunitarias permanentes

En el Preámbulo del TUE los Estados miembros se muestran “resueltos a lograr el refuerzo y la convergencia de sus economías” y “decididos a promover el progreso social y económico de sus pueblos, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión”⁵³; además, en el art. 2, 1er guión del TUE se establece como uno de los objetivos de la Unión la promoción de un “progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión monetaria” que llevará una moneda única⁵⁴. Así, la Cohesión Económica y Social aparece como elemento de un progreso económico y social equilibrado y sostenible. En

⁵² GRABITZ, E. “Une formule d’intégration..., op. cit., p. 32. Este autor clasifica las reservas de soberanía, las cláusulas de salvaguardia y las derogaciones del entonces art. 36 TCE, actual art. 30, aparte de estas individualizaciones jurídicas no transitorias.

⁵³ Igual en el TUE de 1992.

⁵⁴ Similar al art. B TUE de 1992.

el mismo sentido se pronuncia el Preámbulo del TCE cuando sus Estados miembros se muestran “preocupados por reforzar la unidad de sus economías y asegurar su desarrollo armonioso, reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas”⁵⁵; también los arts. 2 y 3j) TCE se refieren a la Cohesión Económica y Social como uno de los objetivos de la Comunidad llamado a contribuir al desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de ésta⁵⁶. Esto es precisamente lo que ha justificado dar a luz en los Tratados medidas tendentes a realizar los ajustes necesarios en relación con tales desequilibrios o desigualdades. Tales medidas, que suponen individualizaciones jurídicas no transitorias, son una aplicación de los llamados mecanismos de Cohesión que tienen su base en la solidaridad entre Estados miembros a que ya se refiere el art. 2 TCE⁵⁷.

La Cohesión se mide por la suma de variables objetivas, económicas y sociales, determinadas previamente, tomando como referencia la escala comunitaria, y en la que tienen gran influencia aspectos climáticos, ecológicos, demográficos, de distancia, etc...; el resultado debe ser el de una convergencia no sólo nominal, sino también real⁵⁸.

A la Cohesión Económica y Social está especialmente dedicado el Título XVII TCE (arts. 158-162 TCE)⁵⁹. Las políticas, acciones comunitarias y el

⁵⁵ Igual en el Preámbulo del TCE de 1992 y en el TCEE.

⁵⁶ Vid. también el Protocolo nº28 (ex Protocolo nº 15) relativo a la Cohesión Económica y Social.

⁵⁷ Vid. *Supra*, nota al pie nº30. En este sentido VALLE GÁLVEZ, A. “La cohesión económica y social como objetivo de la Unión Europea. Análisis y perspectivas”. *RIE*. 1994, nº 2, vol. 21, pp. 361 y 374.

⁵⁸ Vid. BUZELAY, A; HANNEQUART, A. *Problématique régionale et Cohésion dans la Communauté Européenne*. Paris: Economica, 1994, pp. 21-22 y 123. Sin embargo, hemos de reconocer que, como dice VALLE GÁLVEZ, A. “el contenido económico y jurídico tanto del objetivo de la cohesión como de la estrategia a seguir para su consecución dependerá de sucesivas decisiones de naturaleza política de la UE”. (“La cohesión económica y social...”, op. cit., p. 375).

⁵⁹ Ex Título XIV, Título V TCEE. Esta preocupación aparece también en otras disposiciones del Tratado: arts. 15, 33.2.a), 40.d), 71.2, 76.2, 87.2.c), 88.2, 100.2, 174 TCE (ex arts. 7C, 39.2a), 49d), 75.3, 80.2, 92.2.c), 93.2, 103A.2, 130R.2 respectivamente, también TCEE). El art. 15 TCE, que ya ha sido comentado anteriormente con objeto de las

desarrollo del mercado interior son instrumentos comunitarios recogidos recogidos en el art. 159 TCE que sirven para conseguir esta Cohesión, este desarrollo armonioso y equilibrado en la Comunidad⁶⁰. Específicamente destinados a este objetivo están los *mecanismos financieros* del Título XVII TCE⁶¹. Tales mecanismos son los Fondos Estructurales (FSE⁶², FEOGA⁶³,

individualizaciones jurídicas transitorias, debe ser objeto de referencia también aquí pues sirve igualmente para justificar las individualizaciones jurídicas que hemos denominado no transitorias cuando no adopten la forma de excepciones al cumplimiento del Derecho comunitario conectándose con los instrumentos financieros que asisten a determinados Estados miembros para permitirles ajustar sus economías al mercado interior, y que son los del Título XVII TCE. (Vid. KEERSMAEKER, C; PAUWELS, T. "Article 7c" (Commentaire). En CAMPBELL, D; COTTER, S.; HERZOG, P. E.; (et al.). (Eds.) *The Law of the European Community. A commentary on the EEC Treaty*. New York: Matthew Bender, 1979, Tomo 1, p. 158).

⁶⁰ En virtud del art. 159 TCE ciertos mecanismos estatales también contribuyen a ello. Se trata de la conducción y coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros "con miras a alcanzar *también* los objetivos enunciados en el art. 158 TCE" (la cursiva es nuestra). La puesta en práctica de este tipo de instrumentos puede favorecer la reducción de las disparidades regionales: pensemos, por ejemplo, en una coordinación de políticas de crecimiento económico (vid. BUZELAY, A; HANNEQUART, A. *Problématique régionale et Cohésion...*, op. cit., pp. 47-50). Sin embargo, estas coordinaciones aparecen como instrumento de menor importancia para la corrección de los desequilibrios regionales; no parece tener como objetivo principal la cohesión, sino de forma accesorio, como efecto secundario, tal y como se deduce de la introducción del vocablo *también* en el art. 159 TCE (Vid. VALLE GÁLVEZ, J.A. *La articulación jurídica de la política regional comunitaria. El caso de los programas integrados comunitarios*. Granada: Universidad de Granada, 1990, p. 45).

⁶¹ También pueden contribuir a este objetivo las individualizaciones jurídicas transitorias, las medidas de salvaguardia, las ayudas estatales y las excepciones permanentes. Nada impide que se puedan combinar estos mecanismos; tal posibilidad es reconocida expresamente por el art. 175.5 TCE (ex art. 130S.5) que permite combinar el apoyo financiero del Fondo de Cohesión con excepciones de carácter temporal, cuando medidas adoptadas en materia de medio ambiente (art. 174 TCE) "impliquen costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado miembro". Esta posibilidad ya existía antes de su reconocimiento expreso en el Tratado: vid., por ejemplo, la Directiva nº 43 del Consejo de 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y la fauna silvestres (DOCE L 206 de 22 de julio de 1992).

⁶² Vid. arts. 146-148 TCE, ex arts. 123-125, también TCEE. Vid. también Reglamento nº 1784 del Parlamento y del Consejo de 12 de julio de 1999 relativo al Fondo Social Europeo (DOCE L 213 de 13 de agosto de 1999).

⁶³ Art. 34.3 TCE, ex art. 40.4, también TCEE. Vid. Reglamento nº 1258 del Consejo de 17 de mayo de 1999 relativo a la financiación de la PAC (DOCE L de 26 de junio de 1999).

FEDER⁶⁴), el Banco Europeo de Inversiones (BEI)⁶⁵, el Fondo de Cohesión⁶⁶, y otros instrumentos financieros existentes⁶⁷.

En virtud de las finalidades a las que está destinado cada uno de estos instrumentos, y en virtud de ciertas variables objetivas económicas y sociales que muestran la necesidad de corregir una determinada situación desventajosa, los Estados miembros y/o sus regiones podrán beneficiarse más o menos de tales instrumentos⁶⁸.

Como habrá podido desprenderse, este tipo de reparto no supone en ningún caso un mecanismo de integración diferenciada, tal y como lo definimos nosotros, y tampoco se traduce en excepciones al cumplimiento del Derecho comunitario, sino que se trata de un reflejo de su funcionamiento regular.

⁶⁴ Art. 160 TCE, ex art. 130C, también TCEE. Vid Reglamento n° 1783 del Parlamento y del Consejo de 12 de julio de 1999 relativo al FEDER (DOCE L 213 de 13 de agosto de 1999).

⁶⁵ Arts. 9, 266 y 267 TCE, ex arts. 4 B, 198D y E, también TCEE. Vid. Protocolo n° 1 anejo TCEE sobre los Estatutos del Banco Europeo de Inversiones, modificado por el Tratado de Bruselas de 10 de julio de 1975 por el que se modifican determinadas disposiciones de los Estatutos del BEI, también por el TUE y por el Acta de 25 de marzo de 1993 por la que se vuelven a modificar sus estatutos (DOCE L 173, de 7 de julio de 1994); vid. también las sucesivas Actas de Adhesión.

⁶⁶ Arts. 154-156, 161 2° pár. y 175.5 TCE, ex arts. 129B-129D, 130 D, 2° pár. y 130S.5, también TCEE. Vid. también Protocolo n° 28 sobre la Cohesión Económica y Social (ex n° 15) y Reglamento del Consejo n° 1264 de 21 de junio de 1999 por el que modifica el Reglamento 1164/94 (DOCE L 161 de 26 de junio de 1999) y Reglamento n° 1265 del Consejo de 21 de junio de 1999 por el que se modifica el Anexo III del Reglamento 1164/94 (DOCE L 161 de 26 de junio de 1999).

⁶⁷ Entre ellos destaca el Instrumento Financiero de Orientación de Pesca (IFOP); vid. Reglamento n° 1263 de 21 de junio de 1999 relativo al IFOP (DOCE L 161 de 26 de junio de 1999).

⁶⁸ Por ejemplo, mientras España disfrutará de 37.744 millones de ECUS en el periodo 2000-2006 para la financiación con cargo a los Fondos Estructurales de acciones para el alcance del objetivo 1, Suecia contará con sólo 372 millones de ECUS (Vid. Anexo I de la Decisión de la Comisión de 1 de julio de 1999, por la que establece un reparto indicativo por Estados miembros de los créditos de compromiso en virtud del objetivo 1 de los Fondos Estructurales para el periodo 2000 a 2006 (DOCE L 194 de 27 de julio de 1999)).

2) Individualizaciones jurídicas no transitorias derivadas de determinadas situaciones excepcionales expresamente tasadas⁶⁹.

Las individualizaciones jurídicas que vemos a continuación se caracterizan, además de por no resultar transitorias, por traducirse en excepciones al funcionamiento regular del Derecho comunitario recogidas expresamente por éste.

a) Cláusulas excepcionadoras con fines esencialmente promocionales: las ayudas estatales.

Como ya hemos dicho, existen ciertos objetivos socio-económicos que, en determinadas circunstancias, el mercado no puede conseguir por sí mismo. Uno de los mecanismos establecidos para colaborar en ello son las excepciones a la prohibición general de ayudas estatales a empresas o producciones recogida en el art. 87.1 TCE⁷⁰.

i.-Ayudas estatales compatibles de iure.

El art. 87.2 TCE⁷¹ se refiere a la compatibilidad *de iure* con el mercado común de las ayudas estatales en determinadas situaciones; esto significa que estas ayudas estatales no necesitan autorización previa por las instituciones comunitarias, aunque sí deben ser notificadas a la Comisión quien ejerce, como

⁶⁹ Sobre las individualizaciones jurídicas del pilar comunitario que vemos en el Punto 2) y las exigencias imperativas del Punto 3) pueden verse: ILLESCAS ORTIZ, R.; MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. (Dir.) *Derecho comunitario económico*. Madrid: Colex, 2001, 384, pp.; MATTERA, A. *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Madrid: Civitas, 1991, 781pp.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *Derecho comunitario material*. Madrid: Mc Graw Hill, 2000, 480 pp., así como la amplia bibliografía que se cita en estas obras generales.

⁷⁰ Ex art. 92.1, también TCEE.

⁷¹ Ex art. 92.2, también TCEE.

guardián del Derecho comunitario, una labor de control sobre su aplicación (arts. 88.1 y 2 TCE⁷²).

Se trata, concretamente, de las ayudas estatales destinadas a paliar daños provocados por desastres naturales u otro tipo de acontecimientos excepcionales (art. 87.2.b) TCE⁷³) y de las destinadas a compensar las desventajas económicas para determinadas regiones de la RFA a partir de la división de Alemania (87.2.c) TCE⁷⁴). Se trata, en definitiva, de medidas para restablecer el equilibrio y compensar desventajas a partir de acontecimientos muy determinados⁷⁵.

ii.-Ayudas estatales compatibles previa autorización comunitaria.

Estas ayudas necesitan una autorización previa para ser compatibles con el mercado común.

- Parte de estas ayudas se relacionan en el art. 87.3 TCE⁷⁶. Se trata de ayudas destinadas a: 1.- favorecer el desarrollo económico de determinadas regiones con un bajo nivel de vida o empleo y el desarrollo de determinadas actividades económicas (art. 87.3.a) y c)); 2.- promocionar la cultura y conservación del patrimonio (art. 87.3.d)), 3.- fomentar un proyecto de interés europeo o poner fin a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro (87.3.b)). El Consejo podrá determinar, además, otras categorías de

⁷² Ex arts. 93.1 y 2, también TCEE.

⁷³ Ex art. 92.2.b), también TCEE.

⁷⁴ Ex art. 92.2.c), también TCEE.

⁷⁵ MATTERA, A. cita como ejemplo de la letra b) la Ley nº 160/1978 de la región de Liguria que preveía intervenciones extraordinarias con objeto de contribuir a las reparaciones y reconstrucciones necesarias tras la inundaciones de octubre de 1977, y como ejemplo de la letra c), las ayudas en favor de Berlín de 1962 (*El mercado único europeo...*, op. cit. p. 102).

⁷⁶ Ex art. 92.3, también TCEE. Sobre su relación con los arts. 73 y 76 TCE (ex arts. 77 y 80, también TCEE) vid., por ejemplo, STJCE de 12 de octubre de 1978, as. 156/77, *Comisión vs. Bélgica*, Rec. 1978, pp. 1881-1898, párs. 5-12.

ayudas (87.3.e)). Para poder otorgar una ayuda estatal de este tipo es necesario contar con la autorización previa de la Comisión (art. 87.3 TCE⁷⁷).

- Otros casos de ayudas estatales compatibles previa autorización comunitaria son los que recoge el art. 36 TCE⁷⁸. Conforme a este artículo el Consejo puede autorizar la concesión de ayudas para proteger explotaciones desfavorecidas, ya sea por condiciones naturales o estructurales, o bien en el marco de programas de desarrollo económico⁷⁹.

En conclusión, los Estados miembros pueden conceder ayudas estatales en cada uno de estos supuestos, mientras la serie de circunstancias inherentes a ellos permanezcan y hagan necesaria tal ayuda con el fin último de favorecer los objetivos establecidos en los arts. 2 y 3 TCE y lo que estos significan, como excepción a la prohibición general de otorgar ayudas estatales. La consecuencia será que mientras para unos Estados miembros en un momento determinado

⁷⁷ Un ejemplo ilustrativo de este tipo de ayudas es parte de la ayuda que el Gobierno español pretendía conceder a Enasa entre 1987 y 1991, la empresa fabricante de vehículos para uso comercial bajo la marca "Pegaso": el Gobierno español había previsto un plan de reestructuración de la empresa Enasa que contaba con una ayuda estatal de 69.376 millones de pesetas del tipo de las incluidas en el entonces art. 92.2 TCE. A juicio de la Comisión el plan de reestructuración presentado por el gobierno español garantizaba una recuperación de la empresa en los ámbitos financiero, económico y técnico, que había de adaptarse necesariamente, de forma drástica y en breve espacio de tiempo a la competencia abierta en el mercado común, teniendo en cuenta el mercado intensamente protegido en que había estado operando hasta entonces. Sin embargo, la ayuda que ofrecía el gobierno español resultaba desproporcionada a juicio de la Comisión. La Comisión fijó la ayuda conforme al entonces art. 92.3c) TCE en un importe máximo de 46.736 millones de pesetas, frente a los 69.736 previstos inicialmente. Tal ayuda era necesaria desde el punto de vista comunitario para facilitar la reestructuración de un sector que, por el libre juego de las fuerzas del mercado, no podría conseguirse de otro modo; dicha ayuda tenía una condición: que no se alteraran las condiciones de los intercambios intracomunitarios en detrimento del interés común (Vid. todos los detalles en Decisión nº 633 de la Comisión de 3 de mayo de 1989 relativa a la ayuda que el gobierno español ha concedido o se propone conceder a Enasa, empresa fabricante de vehículos para uso comercial, bajo la marca "Pegaso" (DOCE L 367 de 3 de diciembre de 1989)).

⁷⁸ Ex art. 42, también TCEE.

⁷⁹ Vid., por ejemplo a este respecto, el Reglamento nº 3311 del Consejo de 9 de noviembre de 1992, relativo a medidas especiales en favor de los productores afectados por la sequía de 1991-1992 en Portugal (DOCE L 332 de 18 de noviembre de 1992).

puede existir tal excepción, para otros no; por tanto, unos Estados miembros tendrán una condición jurídica diferenciada respecto a los demás en ese momento, que podrá prolongarse mientras sea necesario, siempre bajo la garantía de la aplicación correcta de los arts. 36, 87 y 88 TCE por el Consejo y/o la Comisión, según corresponda⁸⁰. Tales individualizaciones jurídicas no son, en ningún caso, ejemplos de integración diferenciada.

b) Cláusulas excepcionadoras con fines esencialmente protectores:

*Cláusulas de salvaguardia*⁸¹.

Las medidas de salvaguardia son medidas excepcionales reconocidas por el Derecho comunitario originario, derivado, o el TJCE, que permiten que los Estados miembros excepcionen para sí el funcionamiento regular del Derecho comunitario a fin de permitirles remediar serios perjuicios, dificultades o amenaza de tales, resultantes de la puesta en marcha de aquél⁸².

⁸⁰ Vid. también art. 44.3.h) TCE, ex art. 54.3.h), también TCEE.

⁸¹ La calificación de *transitorias* de ciertas medidas de salvaguardia se debió en su momento a que eran medidas que sólo existían durante el periodo transitorio relativo a la consecución del mercado interior; es decir, una vez terminado el periodo transitorio, esas medidas de salvaguardia transitorias eran improrrogables. Esto resulta lógico en cuanto que tales medidas eran excepciones al cumplimiento de la normativa que debía desarrollarse durante el periodo transitorio; acabado el periodo transitorio, la medida no tenía objeto. De este tipo eran los arts. 17.4, 26, 44, 91 y 226 TCEE, siendo el último una cláusula de salvaguardia general en cuanto que no estaba circunscrito materialmente a un ámbito de aplicación. De este mismo tipo, transitorias, son las cláusulas de salvaguardia generales que se establecen en las diferentes Actas de Adhesión de los Estados miembros en su incorporación a la Unión Europea (o, en su caso, Comunidades Europeas): Art. 135 del Acta de Adhesión de Irlanda, Reino Unido y Dinamarca (DOCE L 73 de 27 de marzo de 1972); art. 130 del Acta de Adhesión de Grecia (DOCE L 291 de 19 de noviembre de 1979); art. 379 del Acta de Adhesión de España y Portugal (DOCE L 302..., cit); art. 152 del Acta de Adhesión de Austria, Suecia y Finlandia (DOCE L 1 de 1 de enero de 1995).

⁸² Sobre esta definición vid. GORI, P. *Les clauses de sauvegarde...*, op. cit., pp. 17, 27 y 41. Sin embargo, este autor no incluye entre las cláusulas de salvaguardia las excepciones al funcionamiento regular del Derecho comunitario que reconoce la jurisprudencia del TJCE por la existencia de determinadas *exigencias imperativas* que también son, a nuestro juicio, un ejemplo de medidas de salvaguardia (cuando GORI, P. escribe su libro, el TJCE todavía no las ha dado a luz); por eso, incluimos entre las cláusulas de salvaguardia las *exigencias imperativas* de creación jurisprudencial (vid. *Infra*, Punto 3, Letra a).

Las circunstancias que justifican una excepción al cumplimiento regular del Derecho comunitario no se deben a problemas de adaptación, tal y como ocurría en el caso de las individualizaciones jurídicas transitorias, sino que responden a determinadas situaciones sobrevenidas o simultáneas a la puesta en marcha de la reglamentación comunitaria que dificultan para el Estado miembro su cumplimiento o le perjudican seriamente; circunstancias anormales, en definitiva, cuyo efecto negativo puede extenderse al resto de los Estados miembros y a la propia Comunidad, impidiendo la consecución de sus objetivos.

i.- Cláusulas de salvaguardia de naturaleza económica.

Con esta expresión nos referimos a aquellas cláusulas en las que el Derecho comunitario permite a los Estados miembros que excepcionen su funcionamiento regular para responder a determinadas dificultades o perjuicios de carácter económico derivados de la puesta en marcha del Derecho comunitario. Este mecanismo pretende asegurar el buen funcionamiento y supervivencia de los objetivos de unión monetaria y el mercado común, en las condiciones establecidas en los arts. 2, 3 y 4 TCE⁸³. Difícilmente podrían alcanzarse estos objetivos con, por ejemplo, falseamiento de la competencia e inestabilidad monetaria. Podemos decir que se protegen intereses particulares de los Estados miembros en interés de la Comunidad. En este sentido, dadas determinadas condiciones se generan, de nuevo, exigencias reconocidas en el Tratado que justifican un régimen especial para un Estado miembro respecto a los otros.

En principio, tales medidas deben ser autorizadas por la institución comunitaria correspondiente; sólo en determinadas situaciones de urgencia o excepcionales la medida puede adoptarse directamente por el Estado miembro

⁸³ Ex arts. 2, 3 y 3A, también TCEE excepto el último.

interesado, sin perjuicio de actuación posterior de la institución comunitaria correspondiente⁸⁴.

Las situaciones que permiten la aplicación de las cláusulas de salvaguardia, no siempre tienen igual grado de precisión en el Derecho comunitario: mientras en unos casos se habla simplemente de *circunstancias excepcionales*⁸⁵, en otros casos las condiciones están más definidas y se refieren, por ejemplo, a *dificultades en la balanza de pagos*⁸⁶, *desviaciones del tráfico comercial que provoquen dificultades económicas*⁸⁷ o *afectación de la competencia*⁸⁸.

Actualmente varias disposiciones de Derecho comunitario originario reconocen cláusulas de salvaguardia económica: arts. 31.3, 38, 60, 88.2, 3er. pár., 119, 120 y 134 TCE⁸⁹; también el Derecho comunitario derivado ofrece cláusulas de salvaguardia de naturaleza económica insertas en sus disposiciones⁹⁰.

⁸⁴ Vid. arts. 119 y 120 TCE, ex arts. 109H y 109I.

⁸⁵ Vid. art. 87.2, 3er. pár. TCE, ex art. 93.2, 3er. pár, también TCEE.

⁸⁶ Vid. arts. 119 y 120 TCE, ex arts. 109H y 109I.

⁸⁷ Vid. art. 134 TCE, ex arts. 115, también TCEE.

⁸⁸ Vid. art. 38 TCE, ex art. 46, también TCEE.

⁸⁹ Ex arts. 37.3, 46, 93.2, 3er. pár, 73G, 109H, 109I y 115, también TCEE (a excepción de los arts. 73 G, 109H-109I, que no existían en el TCEE). Vid., por ejemplo: Decisión nº 15 de la Comisión de 18 de diciembre de 1991, por la que se autoriza a ciertos Estados miembros a establecer *medidas de vigilancia intracomunitaria* en relación con las importaciones de productos originarios de terceros países despachados a libre práctica en la Comunidad que pueden ser objeto de medidas de protección en virtud de lo dispuesto en el artículo 115 del Tratado (DOCE L 8 de 14 de enero de 1992); Decisión nº 372 de la Comisión de 30 de junio de 1992, por la que se autoriza a ciertos Estados miembros a establecer medidas de *vigilancia intracomunitaria* en relación con las importaciones de productos originarios de terceros países despachados a libre práctica en la Comunidad que pueden ser objeto de medidas de protección en virtud de lo dispuesto en el artículo 115 del Tratado (DOCE L 195 de 14 de julio de 1992).

⁹⁰ Un ejemplo lo encontramos en la Directiva nº 361 del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del entonces art. 67 TCEE (actualmente derogado) (DOCE L 178..., cit.): “En caso de que unos movimientos de capitales a corto plazo excepcionalmente amplios provoquen fuertes tensiones en los mercados de cambio y graves perturbaciones en la dirección de la política monetaria y de cambio de un Estado miembro que se traduzcan, en particular, en variaciones importantes de liquidez interna”, la Comisión podrá autorizar al Estado miembro a adoptar medidas de salvaguardia al respecto (art. 3.1). Sin embargo, el

ii.- Cláusulas de salvaguardia de naturaleza extraeconómica.

En esta ocasión, la excepción del cumplimiento del Derecho comunitario a los Estados miembros queda limitada al ámbito de las libertades comunitarias y sólo se justifica para responder a determinados perjuicios o dificultades extraeconómicas derivadas de su puesta en marcha; en tanto el Derecho comunitario no adopte las medidas necesarias para evitar tales perjuicios. Tales excepciones, que no necesitan autorización comunitaria alguna⁹¹, pueden consistir, tanto en la adopción de nuevas medidas como en el mantenimiento de las existentes, y deben responder siempre a criterios de necesidad y proporcionalidad en relación con el objetivo para el que se adoptan⁹².

Los intereses no económicos susceptibles de ser protegidos mediante la puesta en marcha de una medida de salvaguardia, se relacionan con ámbitos que podemos calificar de *especiales* para los Estados miembros; tales ámbitos son reconocidos expresamente por el Derecho comunitario originario: a)

Estado podrá adoptar tales medidas sin esperar a tal autorización, en caso de urgencia (art. 3.2).

⁹¹ El art. 95.4 TCE (ex art. 100A.4, también TCEE) es el único que exige notificación a la Comisión, quien instruye la petición y confirma o no las medidas nacionales que pueden exceptuar el cumplimiento de medidas armonizadoras del mercado interior a la luz de sus consecuencias; la sola notificación no es suficiente, sino que será la confirmación dada por la Comisión la que dará derecho a la aplicación de las medidas nacionales (art. 95.6 TCE).

⁹² La jurisprudencia comunitaria y el Derecho derivado se han encargado de ir delimitando el margen de actuación de los Estados miembros al respecto. En el ámbito del Derecho derivado podemos citar, por ejemplo, la Directiva nº 21 del Consejo de 25 de febrero de 1964 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de orden público, seguridad pública y salud pública (DOCE L 56 de 4 de abril de 1964) (modificada en varias ocasiones) que ha desarrollado las disposiciones del Tratado. En cuanto a la jurisprudencia vid., por ejemplo: STJCE de 4 de diciembre de 1974, As 41/74, *Yvonne Van Duyn vs. Home Office*, Rec. 1974, pp. 1337-1354; STJCE de 26 de febrero de 1975, as. 67/74, *Carmelo Angelo Bonsignore vs. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, Rec. 1975, pp. 297-308; STJCE de 28 de octubre de 1975, as. 36/75, *Roland Rutili vs. Ministro del Interior*, Rec. 1975, pp. 1219-1237; STJCE de 18 de mayo de 1982, as. 115 y 116/81, *Regina Adoui y Dominique Cornuaille vs. Bélgica*, Rec. 1982, pp. 1665-1713; STJCE de 23 de octubre de 1997, as. C-189/95, *Proceso penal contra Harry Franzén*, Rec. 1997, pp. 5954-5979; STJCE de 17 de septiembre de 1998, as. C-400/96, *Proceso penal contra Jean Harpegnies*, Rec. 1998, pp. 5120-5139.

mantenimiento del orden público, moralidad y seguridad públicas (arts. 30⁹³, 39.3, 46, 55, 58 TCE y 95.4 TCE)⁹⁴; b) protección de la salud, vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional y protección de la propiedad industrial y comercial (arts. 30 y 95.4 TCE), así como razones importantes relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente (art. 95.4 TCE⁹⁵); c) libre acceso a determinadas actividades, cuando éstas estén

⁹³ El presupuesto para la interposición de una normativa nacional excepcionadora del cumplimiento del Derecho comunitario sobre la base de este artículo está en la inexistencia de una normativa comunitaria armonizadora completa en el ámbito de la liberalización de los intercambios, es decir, que los perjuicios que acusen los Estados miembros se deban a una actividad comunitaria que permanece todavía inconclusa. Vid., por ejemplo, entre la jurisprudencia: STJCE de 5 de abril de 1979, as. 148/78, *Ministerio Público vs. Tullio Ratti*, Rec. 1979, pp. 1629-1647, pár. 36; STJCE de 11 de julio de 1974, *Procureur du Roi vs. Dassonville*, 8/74, Rec. 1974, pp. 837-857, párs. 6-7; STJCE de 3 de octubre de 1985, as. 28/84, *Comisión vs. Alemania*, Rec. 1985, pp. 3097-3125, pár. 25; STJCE de 23 de mayo de 1996, as. C-5/94, *Hedley Thomas*, Rec. 1996, pp. 2604-2616, pár. 18; STJCE de 19 de marzo de 1998, as. C-1/96, *Compassion in World Farming Ltd.*, Rec. 1998, pp. 1281-1302, pár. 47; STJCE de 17 de septiembre de 1998, *Proceso penal contra Jean Harpegnies...*, cit., párs. 32 y 36.

⁹⁴ Ex arts. 36, 48.3, 56, 66, 73D y 100A.4, también TCEE. Vid. al respecto, por ejemplo: STJCE de 10 de julio de 1984, as. 72/83, *Campus Oil Ltd. Et autres vs. Ministre pour l'industrie et l'énergie et autres*, Rec. 1984, pp. 2727-2757, párs. 32-36; STJCE de 4 de octubre de 1991, as. 367/89, *Proceso penal vs. Aimé Richardt y "Les acceseoire Scientifiques" SNC*, Rec. 1991, pp. 4645-4654, pár. 22; STJCE de 21 de marzo de 1991, as. 369/88, *Proceso penal vs. Jean-Marie Delattre*, Rec. 1991, pp. 1525-1546, párs. 66-67; STJCE de 23 de octubre de 1997, as. C-189/95, *Proceso peanal contra Harry Franzén*, Rec. 1997, pp. 5454-5979, párs. 74-77.

⁹⁵ La introducción del art. 100A.4 en el TCEE (atual art. 95.4) recibió numerosas críticas en su momento por considerar que vaciaba de contenido la jurisprudencia del TJCE que rechazaba la utilización del entonces art. 36 TCEE (actual art. 30) cuando ya existiera una armonización completa, y significaba, en consecuencia, una regresión en la integración comunitaria (vid. en este sentido PESCATORE, P. "Some critical remarks on the "Single European Act", *CMLR*, 1987, n°1, vol. 24, pp. 11-12). Este artículo 100A.4 permitía a los Estados miembros cuando lo consideraran oportuno "aplicar disposiciones nacionales justificadas por alguna de las razones importantes contempladas en el art. 36 o relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente", a pesar de la existencia de una normativa armonizadora; su apartado 5 se refería a la posibilidad de que tales normativas armonizadoras pudieran incluir "en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorizara a los Estados miembros para adoptar, por uno o varios de los motivos no económicos indicados en el art. 36, medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control". Por otra parte, el art. 95.5 TCE, de contenido prácticamente idéntico al art. 100A.4 TCEE ha resuelto por fin expresamente la duda de si es posible o no, no sólo mantener las disposiciones nacionales previamente existentes en un Estado miembro antes de la armonización comunitaria, sino establecer nuevas disposiciones al respecto: este artículo se

relacionadas con la administración pública y el ejercicio de la autoridad pública (arts. 39.4 y 45 TCE)⁹⁶. El Derecho derivado, por su parte, también ha reconocido a los Estados miembros la posibilidad de adoptar este tipo de medidas de salvaguardia⁹⁷.

El art. 64.2 TCE, por su parte, ha introducido la posibilidad de que el Consejo adopte por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, determinadas medidas provisionales (por un periodo máximo de seis meses, si bien nada parece impedir que puedan prorrogarse) en beneficio de un Estado miembro cuando en éste se generara una situación de emergencia por la llegada repentina de nacionales de terceros Estados; ello, sin perjuicio de las actuaciones que cada Estado miembro pudiera adoptar para el mantenimiento de su seguridad interior y orden público (art. 64.1 TCE)⁹⁸.

pronuncia favorablemente, siempre que las nuevas disposiciones estén “basadas en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización”. La Declaración del Gobierno del Reino de Dinamarca sobre el art. 100A TCEE de la que tomó nota la CIG'85 decía que en caso de que un Estado miembro “considere que una medida de armonización adoptada, acogiéndose al artículo 100A no satisfaga exigencias más elevadas relativas al medio de trabajo, la protección del medio ambiente o los requisitos mencionados en el artículo 36, el apartado 4 del artículo 100A garantiza que el Estado miembro interesado podrá aplicar medidas nacionales. Las medidas nacionales deberán tener por objeto satisfacer las exigencias antes mencionadas y no deberán constituir un proteccionismo encubierto”.

⁹⁶ Ex arts. 48.3 y 55, también TCEE. Vid., por ejemplo: STJCE de 21 de junio de 1974, as. 2/74, *Jean Reyners vs. Bélgica*, Rec. 1975, pp. 631-657; STJCE de 17 de diciembre de 1980, as. 149/79, *Comisión vs. Bélgica*, Rec. 1980, pp. 3881-3905.

⁹⁷ Vid., por ejemplo, Reglamento n° 3626 del Consejo de 3 de diciembre de 1982, relativo a la aplicación en la Comunidad del Convenio sobre el comercio internacional de especies de fauna y flora silvestres (DOCE L 384 de 31 de diciembre de 1982), que establecía un régimen de reglamentación uniforme para la introducción en la Comunidad de ciertas especies. En su artículo 15, este Reglamento reconocía la posibilidad de que los Estados miembros establecieran medidas más restrictivas que las que establecía el Reglamento para asegurar la protección de animales y vegetales por determinadas causas.

⁹⁸ Esto no es sino una reafirmación de la competencia exclusiva de los Estados miembros en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior que ya aparecía en el antiguo art. K.2.2 TUE (en este sentido, vid. LABAYLE, H. “Un espace de liberté, de sécurité et de justice”. *RTDE*, 1997, n°4, p. 846).

iii.- Cláusulas de salvaguardia vinculadas con la seguridad exterior e interior del Estado en su vertiente militar.

Este tipo de cláusulas de salvaguardia se recoge expresamente en los arts. 296 y 297 TCE⁹⁹. Los Estados miembros se reservan la posibilidad de exceptuar el cumplimiento del Derecho comunitario en relación con ámbitos inherentes al cumplimiento normal de las funciones generales del Estado, de su competencia exclusiva, concretamente su seguridad exterior e interior, aunque el TJCE tiene competencia para dilucidar si se ha producido o no un abuso por parte de los Estados miembros en la utilización de estas cláusulas.

Con estas cláusulas se ha intentado conciliar el respeto de las obligaciones de Derecho comunitario con la exigencia de un margen suficiente para los Estados miembros en el ejercicio de competencias que mantienen a título exclusivo¹⁰⁰.

El art. 296.1.b) TCE permite que un Estado miembro pueda adoptar “las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra” excepcionando el cumplimiento del Derecho comunitario. Estas medidas están destinadas, en definitiva, a la protección de la seguridad interior del Estado miembro en cuestión en una vertiente militar; los productos sujetos a estas disposiciones figuran una lista elaborada al respecto por el Consejo el 15 de abril de 1958 (art. 296.2 TCE). Este mismo artículo reconoce una suerte de *secreto de Estado*, que resulta oponible por los Estados miembros ante cualquier institución comunitaria, y que, por tanto, permite excepcionar el cumplimiento del art. 10 y 284 TCE¹⁰¹, cuando el Estado en

⁹⁹ Ex arts. 223 y 224 respectivamente, también TCEE.

¹⁰⁰ GORI, P. *Les clauses de sauvegarde...*, op. cit., p. 189.

¹⁰¹ Ex arts. 5 y 214 respectivamente, también TCEE.

cuestión considere que facilitar cierta información perjudicaría los “intereses esenciales de su seguridad” (art. 296.1.a) TCE)¹⁰².

Conforme al art. 297 TCE, los Estados miembros pueden excepcionar el cumplimiento del Derecho comunitario por “graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por él mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional”¹⁰³.

c) La preservación de ámbitos de soberanía de los Estados miembros dentro de los pilares intergubernamentales PESC y Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal.

Los pilares intergubernamentales de cooperación¹⁰⁴ señalan la posibilidad de los Estados miembros de excepcionar el cumplimiento de los actos adoptados en su marco, ámbitos inherentes al ejercicio por los Estados de sus derechos soberanos (policía y política exterior) y respecto de los que éstos no han realizado transferencia de competencias. Son circunstancias de carácter objetivo, inherentes a la condición del Estado soberano, las que permiten tales excepciones.

Esta posibilidad de excepcionar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan para los Estados miembros de esos pilares, intenta conciliar el respeto del ejercicio de estos derechos soberanos por cada Estado miembro, con la consecución de los objetivos de la Unión; posiblemente por eso, con el fin de

¹⁰² Sobre el art. 296 TCE vid., especialmente, BONNET, J. “La défense et le droit communautaire”. *Revue Administrative*, 1996, n° 292, pp. 453-460.

¹⁰³ Sobre esta cláusula vid., especialmente, KOUTRAKOS, P. “Is article 297 EC a “reserve of sovereignty””. *CMLR*. 2000, n°6, vol. 37, pp. 1339-1362.

¹⁰⁴ La configuración de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal en el Tratado de Amsterdam como mecanismo de cooperación es, aun siendo de cooperación, “menos radical que lo fue su antecesora”, la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior. (LIÑÁN NOGUERAS, D.J en MANGAS MARTÍN, A; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, p. 384).

perturbar lo menos posible la consecución de un espacio único de libre circulación de personas y de una política exterior y de seguridad que permita afirmar la identidad de la Unión en el ámbito internacional y, al mismo tiempo, respetar las posibilidades de practicar las excepciones a que nos referimos, las posibilidades de puesta en marcha de estas excepciones son muy limitadas y el TJCE no tiene competencia alguna al respecto (arts. 14, 33, 35 y 46 TUE¹⁰⁵).

i.- Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).

Los Estados miembros se comprometen a apoyar de manera activa y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, *con espíritu de lealtad y solidaridad mutua*, absteniéndose de toda acción que pueda perjudicar sus intereses y eficacia (art. 11.2 TUE¹⁰⁶). En este sentido, los Estados miembros *velarán por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones comunes* (art. 15 TUE¹⁰⁷) y *las acciones comunes serán vinculantes para [ellos] en las posiciones que se adopten y en el desarrollo de su acción* (art. 14.3 TUE¹⁰⁸). Sin embargo, tal carácter vinculante goza de dos excepciones: 1.- si un Estado miembro encuentra *dificultades importantes* para aplicar una acción común puede solicitar al Consejo que delibere al respecto y busque las soluciones adecuadas (art. 14.7 TUE¹⁰⁹); 2.- en caso de *imperiosa necesidad* para un Estado, derivada de la propia evolución de la situación, puede adoptar medidas urgentes al respecto (art.14.6 TUE¹¹⁰).

¹⁰⁵ Vid. ex arts. J.3, K.2.2) y L.

¹⁰⁶ Vid. ex art. J.3.4).

¹⁰⁷ Vid. Ex art. J.2.2), 2º pár.

¹⁰⁸ Vid. ex art. J.3.4).

¹⁰⁹ Vid. ex art. J.3.7).

¹¹⁰ Vid. ex art. J.3.6).

ii.- Cooperación Policial y Judicial en materia penal.

La colaboración entre los Estados miembros, las *posiciones comunes* que se adopten y las *acciones comunes* que se emprendan en las materias objeto de esta cooperación, se ejercerán sin perjuicio de las competencias comunitarias (art. 29 TUE¹¹¹) y de las competencias de los Estados miembros relativas a mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior (art. 33 TUE¹¹²); es decir, cualquiera de las medidas adoptadas no afectará a ese núcleo de competencias estatales, sobre las cuales los Estados miembros mantienen su competencia intacta pudiendo adoptar las medidas que estimen oportunas.

d) Cláusula sancionadora de la violación de los Derechos humanos.

El respeto de los principios de democracia, la libertad, Derechos humanos y el Estado de derecho son una *exigencia intrínseca* en la Unión Europea que obliga a sus propias instituciones a actuar conforme a ella así como a sus Estados miembros: de acuerdo con el art. 6.1 TUE, “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.

En consonancia con esto, el art.7 TUE prevé la posibilidad de que el Consejo, habiendo constatado la “violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 2 del artículo 6 (...)” decida, por mayoría cualificada (y sin tener en cuenta el voto del representante del Gobierno del Estado miembro de que se trate), la suspensión, para ese Estado miembro, de “determinados derechos derivados de la aplicación del presente Tratado (...) incluídos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo”. De ponerse en práctica esto, se particularizaría el conjunto de derechos y

¹¹¹ Ex art. K.1.

¹¹² Vid. ex art. K.2.2) TUE de 1992.

obligaciones de las que es sujeto un Estado miembro en comparación con los demás dentro de la Unión Europea. La suspensión podrá mantenerse tanto tiempo como se mantenga la violación que dio lugar a ella¹¹³.

3) Individualizaciones jurídicas no transitorias derivadas de situaciones excepcionales no expresamente tasadas.

a) Cláusulas de salvaguardia creadas por la jurisprudencia del TJCE: las exigencias imperativas.

A medida que se ponía en práctica la reglamentación comunitaria relativa a la liberalización del mercado, existían ciertos objetivos, ámbitos o intereses de los Estados miembros que se podían ver afectados negativamente y que no se encontraban entre los amparados por las cláusulas inmediatamente antes mencionadas, pero que, a juicio del TJCE merecían ser salvaguardados también. Sin ánimo de ser exhaustivos al respecto, podemos citar la lealtad de las transacciones comerciales, la defensa de los consumidores y la eficacia de los controles fiscales, la lucha contra la inflación, la protección del medio ambiente, el respeto de reglas deontológicas y profesionales, la protección del orden social y una política social legítima y la prevención del fraude y la seguridad en carretera¹¹⁴.

¹¹³ Durante los primeros días de febrero de 1999 se produjo un debate sobre el ejercicio en contra de Austria, de la posibilidad que otorgaba el art. 7 TUE en contra de Austria. Esa ha sido posiblemente la causa de que el nuevo Tratado de Niza haya incorporado un *dispositivo de prevención* en el primer párrafo del art. 6 TUE (así lo califica PETIT, M. "Nice, Traité existentiel, non essentiel". *Revue du Droit de l'Union Européenne*. 2000, n°4, p. 899). En ese nuevo artículo 6 TUE se recoge la posibilidad de que el Consejo pueda dirigir a un determinado Estado miembro recomendaciones tras constatar que existe un *riesgo* claro de violación grave por él de los principios que recoge el art. 6. Sobre la sanción del art. 7 TUE y la protección de los derechos fundamentales en el Tratado de Amsterdam pueden verse, entre otros: LASO PÉREZ, J. J. "El Tratado de Amsterdam y el respeto de la Democracia y los Derechos humanos". *BeuLR*. 1998, n° 2, pp. 31-42; SANZ CABALLERO, S. "Los derechos fundamentales en el Tratado de Amsterdam: una reforma tímida pero positiva de los Tratados constitutivos". *BeuLR*. 1998, n°2, pp. 58-77.

¹¹⁴ Vid., por ejemplo, STJCE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78, *ReweZentrale A.G. vs. Bundesmonopolvermalung für Brauntwein*, Rec. 1979, pp. 649-665; STJCE de 9 de julio de 1992, as. 2/90, *Comisión vs. Bélgica*, Rec. 1992, pp. 4471-4481; STJCE de 30 de

A través de estas *exigencias imperativas* el TJCE ha abierto la puerta a la utilización por los Estados miembros de normativas nacionales indistintamente aplicables a nacionales y no nacionales que suponen un obstáculo a las libertades comunitarias tal y como están establecidas en los Tratados.

El TJCE no parece haberse negado a considerar digno de protección los intereses que han presentado ante él los Estados miembros, ya fueran o no económicos, sino que han sido los mecanismos para tal protección, los que han sido objeto de censura por no ser considerados los adecuados (proporcionados) para el fin a alcanzar¹¹⁵.

b) Excepciones permanentes.

Hemos calificado así las individualizaciones jurídicas no transitorias que suponen una excepción al cumplimiento del Derecho comunitario para un Estado miembro y cuyo origen está en circunstancias que permanecerán inalterables y que resultan inherentes a dicho Estado miembro *per sempre*. Tales circunstancias se identifican con el clima, la débil densidad de población, una situación geográfica que dificulta las comunicaciones,... en definitiva se trata de circunstancias que no hacen sino perjudicar el desarrollo económico y social del Estado miembro en cuestión (o una de sus partes) y sitúan a éste en situación de desventaja respecto al resto de la Comunidad¹¹⁶; por esta razón, su

noviembre de 1995, as. C-55/94, *Reinhard Gebhard vs. Consiglio degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Rec. 1995, 4186-4201; STJCE de 24 de marzo de 1994, as. C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise vs. Gerhart y Jörg Schindler*, Rec. 1994, pp. 1078-1099; STJCE de 5 de octubre de 1994, as. C-55/93, *Proceso penal contra Johannes Gerrit van Schaik*, Rec. 1994, pp. 4849-4861.

¹¹⁵ Vid., por ejemplo: TJCE de 22 de junio de 1982, as. 220/81, *Procedimiento penal contra Timothy Frederick Robertson y otros*, Rec. 1982, pp. 2349-2363; STJCE de 10 de noviembre de 1982, as. 261/81, *Walter Ran Lebensmittelwerke vs. De Smet PUBA*, Rec. 1982, pp. 3961-3982; STJCE de 28 de febrero de 1984, as. 247/81, *Comisión vs. Alemania*, Rec. 1984, pp. 1111-1123.

¹¹⁶ Vid. al respecto las Declaraciones nº26 de la CIG'92 relativa a las regiones ultraperiféricas de la Comunidad y nº 30 de la CIG'96 relativa a las regiones insulares.

sometimiento al Derecho comunitario en situación de identidad con los demás Estados miembros no podría sino empeorar su situación.

El art. 299.2 TCE¹¹⁷ reconoce expresamente estas excepciones para los Departamentos franceses de Ultramar¹¹⁸, la Islas Azores y Madeira¹¹⁹,

¹¹⁷ Ex art. 227 modificado, también TCEE.

¹¹⁸ En 1978 el TJCE consideró que existían razones objetivas en estos territorios (lejanía, insularidad, etc.) que podían justificar medidas particulares adaptadas a las exigencias específicas de estos territorios que les exceptuaran del cumplimiento del Derecho comunitario tal y como había sido establecido en el resto de territorios comunitarios, incluso aunque hubieran pasado los dos años a que se refería el entonces art. 227.2 TCEE para establecer tales medidas particulares (STJCE de 10 de octubre de 1978, as. 148/77, *H. Hansen jun. & O. C. Balle GmbH & Co. vs. Hauptzollamt de Flensburg*, Rec. 1978, pp. 1787-1811, párs. 8-10). En el actual Tratado de Amsterdam, se ha sustituido el texto del art. 227.2, reconociendo que la particularidad geográfica, económica y social de estos territorios exige su tratamiento particular, conforme a la jurisprudencia inicial del Tribunal de Justicia; de ello ya se había ocupado el Derecho comunitario derivado; vid., por ejemplo: la Directiva nº 369 del Consejo de 26 de marzo de 1980, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, por la que se autoriza a la República francesa a no aplicar en los Departamentos franceses de Ultramar las Directivas 72/464 y 79/32 relativas impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco por “razones relativas a su situación geográfica, económica y social” (DOCE L 90 de 3 de abril de 1980); Decisión nº 687 del Consejo de 22 de diciembre de 1989, por la que se establece un programa de opciones específicas de la lejanía e insularidad de los Departamentos franceses de ultramar (POSEIDOM), programa que establece, por ejemplo que “Las Directivas u otras medidas que deban adoptarse con vistas al mercado interior, al ámbito social y a los ámbitos de la investigación y del desarrollo tecnológico, sin perjuicio de las disposiciones en la materia que establece el programa-marco comunitario, así como de las protección del medio ambiente, deberán tener en cuenta las particularidades de los departamentos de ultramar y la necesidad de permitir su desarrollo económico y social”. Punto 6. Título II del Programa, insertado como anexo en esta Directiva (DOCE L 399 de 30 de diciembre de 1989).

¹¹⁹ En relación con las Islas Azores y Madeira, distintas disposiciones del acta de Adhesión de Portugal a las Comunidades y la Declaración común nº 2 sobre el desarrollo económico y social de las regiones autónomas de las Azores y de Madeira, anejas al Acta de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas, contemplaban un régimen particular para estas islas (DOCE L 302..., cit.). En el Derecho derivado, vid., por ejemplo: Reglamento nº 1600 del Consejo de 15 de junio de 1992, sobre medidas específicas en favor de las Azores y Madeira relativas a determinados productos agrarios (DOCE L 173, de 27 de junio de 1992); Decisión nº 315 del Consejo de 26 de junio de 1991, por la que se establece un programa de opciones específicas por la lejanía y la insularidad de Madeira y de las Azores (POSEIMA) (DOCE L 171 de 29 de junio de 1991); Reglamento nº 122 del Consejo de 22 de enero de 1996, por el que se concede un trato arancelario favorable a la importación de determinadas mercancías en las zonas francas de Madeira y Azores, debido a su destino particular (DOCE L 20 de 26 de enero de 1996). Por su parte, el Protocolo nº 23 sobre Portugal (ex Protocolo nº9) autoriza a este Estado miembro a mantener el sistema de crédito libre de intereses que mantenían con el Banco de Portugal las

Canarias, Ceuta y Melilla¹²⁰, en virtud de la lejanía, insularidad, reducida superficie, relieve y clima adversos, así como de una dependencia económica de un número reducido de productos, *cuya persistencia y combinación* perjudican gravemente el desarrollo de estos territorios, justificando la adopción de medidas específicas al respecto¹²¹.

Existen determinados territorios en los que no es aplicable el Derecho comunitario y que no aparecen recogidos expresamente como beneficiarios de una excepción en el art. 299 TCE. Nos estamos refiriendo a parte de la isla alemana de Helgoland y los municipios italianos de Livigno y Campione, así como las aguas nacionales del lago de Lugano comprendidas entre la orilla y la frontera política de la zona situada entre Ponte Tresa y Puerto Ceresio que

regiones autónomas de Azores y Madeira, comprometiéndose este Estado miembro a poner fin a tal sistema lo antes posible.

¹²⁰ En el caso de las Islas Canarias, el art. 25 del Acta de Adhesión de España y Portugal se refería al régimen especial de que disfrutaría esta región junto con Ceuta y Melilla, régimen que aparecía recogido en el Protocolo nº2 anejo a éste Acta y la Declaración común nº 10 sobre ese Protocolo nº2 relativo a las Islas Canarias y Ceuta y Melilla, además de otras disposiciones (DOCE L 302..., cit.). Vid. en el ámbito del Derecho comunitario derivado, por ejemplo: Decisión del Consejo nº 314 de 26 de junio de 1991, por la que se establece un programa de opciones específicas por la lejanía y la insularidad de las Islas Canarias (POSEICAN). (DOCE L 171 de 29 de junio de 1991); Reglamento nº 1105 del Consejo de 30 de mayo de 2001 por el que se modifica el Reglamento nº1911/91 relativo a la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario en las islas Canarias (DOCE L 151 de 7 de junio de 2001).

¹²¹ Sobre las particularidades de estos territorios reconocidas en el Tratado de Amsterdam, pueden verse, por ejemplo: CARDERERA, SOLER, F. "El estatuto permanente para las regiones ultraperiféricas en el nuevo Tratado de Amsterdam". En VVAA. *España y la negociación del Tratado de Amsterdam*. Madrid: Estudios de Política Exterior y Biblioteca Nueva, 1998, pp. 155-162; LHOEST, O. "Quelques questions relatives au champ d'application territorial des Traités de Rome, de Maastricht et d'Amsterdam". En LEJEUNE, Yves (Coord.) *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*. Bruxelles: Bruylant, 1999, pp. 98-114; VV.AA. "Los nuevos ámbitos de acción de la Unión" En OREJA AGUIRRE, M (Dir.) y FONSECA MORILLO, F. (Coord.). *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y Comentarios*. Vol. 1. Madrid: Mc Graw Hill, 1998, pp 402-408. Sobre estas regiones en general, pueden verse, DOMÍNGUEZ BEAUTELL, C. "The Ultraperipheral Regions of the European Communities: the french overseas departments, the Archipelagos of the Azores and Madeira, and the Canary Islands". www.ping.be/ue-ultraperiferia/reg_ultr/03.htm; PAULIN E.; RIGOBERT, M.J. "Les régions ultraperipheriques et la CE". *RM CUE*, 1993, nº 368, pp. 436-443.

quedan excluidos del territorio aduanero comunitario¹²². Los motivos para no aplicar el Derecho comunitario en estos territorios se relacionan también con su situación geográfica y su propia supervivencia¹²³.

Además de los factores que hemos mencionado, existen otros motivos para excepcionar el cumplimiento de Derecho comunitario que hay que entender en este caso vinculados a la protección y supervivencia de ciertas minorías. Esto es lo que ocurre con el Protocolo n° 3 Anejo al Acta de Adhesión de Austria, Suecia y Finlandia respecto del pueblo Sami¹²⁴.

SECCIÓN 2: INDIVIDUALIZACIONES JURÍDICAS BASADAS EN OBLIGACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL.

Se trata, en este caso, de la individualización jurídica de un Estado miembro frente a los demás, cuyo origen está obligaciones internacionales contraídas con Terceros Estados con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de la Comunidad o a su adhesión a ella.

¹²² Vid. art. 3.1 Reglamento n° 2913 del Consejo de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario (DOCE L 302, de 19 de octubre de 1992), Reglamento n° 2700 del Parlamento y del Consejo de 16 de noviembre de 2000, que modifica el Reglamento 2913/92 por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario (DOCE L 311 de 12 de diciembre de 2000) y Reglamento n° 2787 de la Comisión de 15 de diciembre de 2000 por el que se modifica el Reglamento 2454/93 por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento 2913/92 del Consejo por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (DOCE L 330 de 27 de diciembre de 2000).

¹²³ Por ejemplo, en el caso del municipio italiano de Livigno, la especial situación geográfica de este municipio (al otro lado de los Alpes Italianos,) le hace permanecer prácticamente aislado del resto de Italia durante los inviernos por causa de la nieve, haciendo depender su economía más de Suiza que de Italia, lo que le ha proporcionado una antigua tradición de autonomía jurídica y económica oficialmente reconocida a partir del 1600, y que se ha mantenido a pesar del Derecho comunitario.

¹²⁴ Vid. art. 49 de la Decisión n°1 del Consejo de 1 de enero de 1995 por la que se adaptan los instrumentos relativos a la adhesión de los nuevos Estados miembros a la Unión Europea (DOCE L 1..., cit.).

El art. 307 TCE¹²⁵ reconoce la posibilidad para los Estados miembros de exceptuar el cumplimiento del Derecho comunitario en los casos en que éste entre en conflicto con el Derecho recogido en algún Convenio que hubieran podido celebrar ellos con Estados terceros antes de la entrada en vigor del Tratado comunitario o de su adhesión a la Comunidad. En definitiva, el Derecho comunitario no podrá afectar a los derechos de que goce un Tercero en su relación convencional con un Estado miembro siempre que ésta hubiera sido establecida antes de la entrada en vigor del Tratado comunitario o la adhesión del Estado miembro; las nuevas obligaciones y derechos del Estado miembro, no serán óbice para el mantenimiento de las que ya tuviera con aquel Tercero¹²⁶.

Este fue el caso, en su momento, de los territorios austriacos de Junholz y Mittelberg por la existencia de Convenios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de la Comunidad entre Alemania y Austria (el 3 de mayo de 1868 y el 2 de diciembre de 1890)¹²⁷ y, todavía hoy, del territorio de la República de San Marino por el Convenio celebrado entre Italia y esta República el 31 de marzo de 1939¹²⁸. Se exceptionaba así el cumplimiento del entonces art. 227 TCEE, actual art. 299 TCE, que establece en principio la identidad entre el ámbito espacial de aplicación del Derecho comunitario y el

¹²⁵ Ex art. 234, también TCEE.

¹²⁶ Vid. a este respecto, por ejemplo, STJCE de 12 de diciembre de 1972, as. cjtos. 21 a 24/72, *International Fruit Company NV y otros vs. Produktschap voor Groenten en fruit*, Rec. 1972, pp. 1219-1231; STJCE de 14 de octubre de 1980, as. 812/79, *Attorney General vs. Juan C. Burgoa*, Rec. 1980, pp. 2787-2809.

¹²⁷ Vid., art. 3.2.a) Reglamento nº 2913 del Consejo de 12 de octubre de 1992, op. cit., y sus modificaciones (vid. *Supra*, nota al pie nº 122).

¹²⁸ Vid., en relación con San Marino art. 3.2 b) Reglamento nº 2913 del Consejo de 12 de octubre de 1992..., cit. , y sus modificaciones (vid. *Supra*, nota al pie nº 122). Por cierto, la Declaración nº6 de la CIG'92 relativa a las relaciones monetarias con la República de San Marino, el Estado de la Ciudad del Vaticano y el Principado de Mónaco decía que las relaciones de estos territorios con Italia y Francia no se verían afectadas por el TCE hasta la llegada de la moneda única y que, una vez llegada ésta, la Comunidad facilitaría la renegociación de los acuerdos existentes.

ámbito espacial sobre el que los Estados miembros ejercen sus derechos soberanos de uno u otro modo, resultando aplicable su Derecho nacional.

Esta regla de excepción del art. 307 TCE ha sido recientemente recogida expresamente en el Reglamento del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes en su art. 36 en relación con la Unión Nórdica. Concretamente en su apartado 2 se dice que “Finlandia y Suecia tendrán la facultad de declarar que el Acuerdo Nórdico, de 6 de febrero de 1931, entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, junto con su Protocolo final anejo, es de aplicación, total y parcialmente, en sus relaciones mutuas, en lugar de las normas del presente Reglamento”¹²⁹.

En estos casos, como se ha podido observar, los Estados miembros podrán excepcionar el cumplimiento del Derecho comunitario, a diferencia del resto de Estados miembros, por la existencia de ciertas obligaciones internacionales contraídas con anterioridad a la adhesión a la Comunidad; en consecuencia, se genera una situación jurídica particular al respecto para esos Estados miembros, en relación a los demás.

En oposición a las individualizaciones jurídicas que hemos visto inmediatamente antes, estaríamos ante individualizaciones jurídicas con origen en exigencias de carácter internacional, *pacta sunt servanda*, siempre que de la voluntad de las Partes respecto al primer Convenio no se desprendiera otra cosa¹³⁰.

¹²⁹ DOCE L 160 de 30 de junio de 2000. En el momento de adoptar este Reglamento ninguno de estos Estados había realizado la declaración. El Reglamento no se refiere a Dinamarca porque en virtud del Protocolo nº 5 no está vinculada por las medidas del Título IV TCE, siendo la base jurídica de este Reglamento los arts. 61c) y 67.1 TCE, insertos en dicho Título.

¹³⁰ Sobre los acuerdos celebrados por Estados miembros con Terceros con anterioridad a su adhesión a la Comunidad, puede verse, entre otros, DÍEZ-HOCHTLEITNER, J. *La*

CAPÍTULO II: SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES DE LOS ESTADOS MIEMBROS PROPIAS DE UNA INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA UNIÓN EUROPEA.

Las divergencias de derechos y obligaciones entre los Estados miembros miembros a las que dedicamos este Capítulo responden al establecimiento, más o menos explícito, de un sistema de *integración diferenciada* o *integración incompleta* dentro de la Unión Europea¹³¹. Esto significa que las particularidades en la condición jurídica de un Estado miembro dentro de la Unión en estos casos van a venir determinadas por el grado de profundización en la Unión de tal Estado miembro. El origen de dicha *profundización variable* puede estar: a) en la incapacidad objetiva de tal Estado miembro para participar efectivamente en la profundización; b) en la falta de voluntad del Estado miembro para ello; c) en la negativa de un Estado miembro a mantener el nivel de integración alcanzado.

SECCIÓN 1: SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES EN UN SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA QUE OBLIGA A SUS ESTADOS MIEMBROS A INCORPORARSE A UN NIVEL DE INTEGRACIÓN SUPERIOR.

Este sistema de integración diferenciada tiene su origen en la falta de capacidad objetiva de un Estado miembro para asumir efectivamente, en un momento dado, una determinada profundización en la Unión Europea en la que él se compromete jurídicamente a participar igual que el resto de Estados

¹³¹ Expresión de GRABITZ, E. (*Une formule d'intégration...*, op. cit., p. 31).

miembros. Aunque la consecución de objetivos comunes es deseo y meta de todos los Estados miembros, de forma que todos ellos se comprometen jurídicamente en el mismo grado dentro de la Unión, el Estado miembro que carece de la capacidad objetiva suficiente para integrarse efectivamente en un determinado momento en el nivel de integración superior que significa esa profundización, es excluido temporal y efectivamente de tal nivel de integración: su incorporación efectiva en ese momento podría perjudicarle no sólo a él mismo sino a la propia Unión.

La incapacidad objetiva de un Estado miembro para asumir ciertos compromisos en un momento determinado también era la causa de las individualizaciones jurídicas transitorias¹³²; sin embargo, esas individualizaciones jurídicas transitorias y esta integración diferenciada de carácter temporal no son identificas¹³³:

- la adhesión de un Estado cualquiera a la Unión Europea y su estatuto de Estado miembro conllevan la obligación jurídica para tal Estado de asumir la totalidad de los derechos y obligaciones de que son titulares los demás Estados miembros en su conjunto, esto es, el acervo de la Unión existente en el momento de la entrada en vigor del Acta de Adhesión, e independientemente de sus intereses, voluntad política e incluso capacidad objetiva para ello. Esto significa que todos los Estados miembros tienen que situarse efectivamente en un *mínimo común denominador* del estadio de integración desde que se

¹³² Vid. *Supra*, Capítulo I, Sección I, Epígrafe A).

¹³³ En sentido contrario, MANIN, Ph., para quien los periodos transitorios son ejemplo de integración diferenciada en cuanto que, a su juicio, ésta existe siempre que uno o varios Estados miembros de las Comunidades se rigen por reglas diferentes de las generales ("Le problème de la géométrie variable". En MANIN, Ph. (Ed.) *La révision du traité sur l'Union Européenne. Perspectives et réalités*. Groupe Français d'études pour la CIG. Paris: A. Pedone, 1996, pp. 28-29; Id., "Les aspects juridiques de l'intégration différenciée". En MANIN, P; LOUIS, J-V. (Dir.) *Vers une Europe Différenciée? Possibilité et limite*. Bruxelles: TEPSA, 1996, p. 11).

incorporan a la Unión Europea¹³⁴; es decir, que la transferencia de competencias y la asunción de derechos y obligaciones por ellos dentro de la Unión Europea es efectiva *ab initio* en relación con ese mínimo común denominador. La falta de las condiciones objetivas necesarias para la aplicación en ese momento de la totalidad de dicho acervo le otorga ciertas particularidades por un periodo determinado en la aplicación del Derecho asumido, pero siempre sin perjuicio de su derecho a participar como miembro de pleno derecho en la elaboración de actos de Derecho de la Unión, incluidos los relativos a los ámbitos en los que ese Estado ha resultado jurídicamente individualizado.

Por el contrario, los Estados miembros no están jurídicamente obligados a participar en cualquier profundización particular en el interior de la Unión Europea. No existe, como ya dijimos, una obligación jurídica de este tipo inherente a la condición de Estado miembro¹³⁵. Por otro lado, cuando un Estado miembro decide participar en una concreta profundización pero no cuenta con las condiciones necesarias para ello, su participación sólo se hará efectiva a la llegada de un determinado plazo o cuando cuente con tales condiciones. Esto se traduce en que, de momento, a tal Estado miembro no sólo no se le aplican los derechos y obligaciones que significa tal profundización con particularidades, sino que no está obligado por ese Derecho en cuya elaboración, además, no participa¹³⁶.

¹³⁴ A consecuencia de la puesta en marcha de sistemas de integración diferenciada, unos Estados miembros profundizan más que otros dentro de la Unión; puesto que el acervo que puede surgir de dicha integración diferenciada no es acervo de la Unión en sentido estricto, no parece que los nuevos Estados que se adhieran a la Unión estén jurídicamente obligados a participar en el acervo de esa mayor integración igual que lo están respecto del acervo de la Unión en sentido estricto (salvo en relación con el acervo Schengen). Por esta razón hablamos de *mínimo común denominador del estadio de integración*; los nuevos Estados miembros han de asumir el acervo de la Unión que resulta común a *todos* los Estados miembros (incluido, excepcionalmente, el acervo Schengen) (Sobre esto volveremos posteriormente: vid. *Infra*, Partes II y III).

¹³⁵ Vid. *Supra*, Introducción inicial a este Trabajo.

¹³⁶ Nada impide que ante una profundización, un Estado miembro haga idéntica transferencia de competencias y asuma idénticas obligaciones que el resto de Estados miembros, siendo

- Las individualizaciones jurídicas transitorias con origen en el Derecho comunitario originario tienen su causa en la incapacidad objetiva de algún nuevo Estado miembro para asumir el acervo de la Unión ya existente *en el momento de entrada en vigor de su Acta de Adhesión*, y no en la incapacidad objetiva de algún Estado miembro para asumir, en un determinado momento, una profundización en la Unión Europea.

- Aunque las individualizaciones jurídicas transitorias con origen en el Derecho derivado sí tienen su causa en la incapacidad objetiva de los Estados miembros para asumir la profundización que significa la utilización del sistema de la Unión para la consecución de sus objetivos, únicamente en el caso de una integración diferenciada el Estado miembro objetivamente incapaz no participa en ello y siempre resulta excepcionado de los derechos y obligaciones que puede significar tal profundización.

- Las individualizaciones jurídicas transitorias siempre tienen un plazo determinado; la integración diferenciada de carácter temporal puede, sin embargo, permanecer por tiempo indeterminado, aunque no indefinido.

El sistema de integración diferenciada de carácter temporal pervive sólo durante un periodo, determinado o no (en cuyo caso el tiempo dependerá del momento en que se alcancen ciertas condiciones objetivas). La temporalidad de este sistema de integración diferenciada se asegura por el compromiso jurídico de los Estados miembros de participar efectivamente en una determinada profundización y porque las condiciones estimadas como necesarias para incorporarse al nivel superior de integración son susceptibles de ser cumplidas. Tras ese periodo de tiempo, el Estado miembro que gozaba de esa situación particular que se traduce en excepciones en el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea tal y como está establecido para el resto de Estados miembros,

efectiva aquélla desde el momento en que lo es para el resto de ellos con una serie de particularidades transitorias para la superación de ciertas incapacidades. En este caso se trataría de una individualización, y no de una integración diferenciada.

asume plenamente los derechos y obligaciones antes sometidos a plazo determinado o no. De esta forma todos los Estados miembros llegan a la misma meta, a la consecución del mismo objetivo, y alcanzan de forma efectiva idéntico nivel de profundización en el proceso de integración.

Hablamos de *efectividad* porque si bien es cierto que la transferencia de competencias realizada por un Estado miembro a la Comunidad y los derechos y obligaciones que se desprenden de su pertenencia a la Unión operan jurídicamente desde la ratificación del Tratado en cuestión y su entrada en vigor, sin que sea necesario ningún otro tipo de acto del Estado miembro para que su ejercicio por la Comunidad desprenda todos sus efectos, en esta ocasión aquéllos sólo existirán para el Estado miembro de que se trate a la llegada de un plazo o cuando cumpla ciertas condiciones objetivas; sólo entonces se hará efectiva la transferencia de competencias y los derechos y obligaciones pertinentes. Llegado este momento, el sistema de integración diferenciada desaparece.

En definitiva, conforme al sistema de integración diferenciada de carácter temporal, existen dos grupos de Estados miembros: un primer grupo formado por los Estados miembros capaces y deseosos de progresar en la Unión Europea, y un segundo grupo formado por los Estados miembros deseosos pero de momento incapaces, que les seguirán posteriormente¹³⁷. Todos los Estados miembros persiguen el mismo objetivo y se comprometen jurídicamente dentro de la Unión Europea en el mismo grado, asumen jurídicamente una determinada profundización en la Unión; por eso, si bien tal compromiso no se hace efectivo al mismo tiempo para todos los Estados

¹³⁷ STUBB, A. C-G. *The semantic indigestion of differentiated integration: the political rhetoric of the pre-1996 IGC debate*. Thesis presented by Alexander C-G STUBB for the Degree of Master of European Studies. Supervisor: Simon BULMER. Academic year 1994-1995. College of Europe. Brugges. Department of Politics and Administration, p. 21; Id., "A categorization of Differentiated Integration". *JCMS*. 1996. nº2, vol. 34, p. 287; Id., "The 1996 intergovernmental Conference and the management of flexible integration". *Journal of European Public Policy*. 1997, nº1, vol. 24, p. 39.

miembros sino en momentos diferentes, trasladarse de un estadio a otro de integración es una obligación jurídica, no una opción¹³⁸.

A) El sistema de integración diferenciada en tiempo determinado.

Este sistema de integración diferenciada produce efectos durante un periodo de tiempo prefijado, cierto; tras él, se presume que el Estado miembro que gozaba de una situación jurídica particular dentro de la Unión Europea, justificada por su incapacidad para la asunción efectiva de una determinada profundización y que se traducía en excepciones al cumplimiento de su Derecho, ha superado tal incapacidad y asume automática y plenamente los derechos y obligaciones antes sometidos a plazo. De esta manera todos los Estados miembros llegan a la misma meta, a la consecución del mismo objetivo, y alcanzan de forma efectiva idéntico nivel de profundización en el proceso de integración.

Este modelo puede encontrarse bajo las denominaciones de *Integración diferenciada en tiempo cierto o predeterminado*, *Integración diferenciada restringida o relativa*, y *Aproximación Gradual*¹³⁹: si bien el avance efectivo de unos Estados miembros frente a otros en el proceso de integración nos permite hablar de *integración diferenciada*, ésta resulta *relativa o restringida* porque todos los Estados miembros han hecho igual transferencia de competencias soberanas y asumen idénticos derechos y obligaciones dentro de la Unión Europea¹⁴⁰ que se harán efectivos a la llegada de un *plazo predeterminado*; este

¹³⁸ Vid. al respecto WIMMER, T. *Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., pp. 27-28.

¹³⁹ No hay que confundir la *Aproximación gradual* o *Gradual approach* con la *Integración Graduada* o *Graduated integration*; mientras en el primer caso existe un momento predeterminado para la finalización de la integración diferenciada, en el segundo ocurre precisamente lo contrario: el tiempo resulta indeterminado, aunque no indefinido; por eso, la situación de integración diferenciada en este último caso aunque *transitoria*, es *indeterminada*. (Vid. GRABITZ, E; LANGEHEINE, B. "Legal problems related to a proposed "two-tier system" of integration within the European Community". *CMLR*. 1981, vol.18, pp. 38-39).

¹⁴⁰ Sin perjuicio de las individualizaciones que ya hemos visto en el Capítulo anterior.

plazo permitirá entretanto a los Estados miembros situados en un nivel de integración inferior, *aproximarse gradualmente* en lo necesario a los que se encuentran en el nivel de integración superior¹⁴¹.

B) El sistema de integración diferenciada en tiempo no determinado.

Este sistema de integración diferenciada produce efectos durante un periodo de tiempo indeterminado pero no indefinido. La finalización de este sistema de integración diferenciada viene fijado por el cumplimiento de las condiciones objetivas necesarias para hacer efectivos los compromisos jurídicos adquiridos por el Estado miembro que se encuentra en un nivel efectivamente inferior de integración. En consecuencia, en un plazo de tiempo no determinado, pero tampoco indefinido, todos los Estados miembros alcanzan efectivamente idéntico nivel de integración.

En esta ocasión, los Estados miembros excepcionados del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea no tienen obligación jurídica de superar su incapacidad en un plazo determinado, prefijado, como en el caso anterior, sino en *el plazo de tiempo más breve posible*. Ahora bien: la inexistencia de una fecha concreta para hacer efectiva la obligación del Estado miembro de incorporarse efectivamente a un nivel de integración superior, junto con la dificultad para identificar los actos imputables a un Estado miembro, normativos o no, que impiden o entorpecen el cumplimiento de las condiciones necesarias para pasar efectivamente al nivel de integración superior y que

¹⁴¹ Dada la variedad terminológica existente, es posible encontrar algunas de las expresiones que acabamos de mencionar aquí como sinónimos, en su traducción literal a inglés o francés, de la *integración uniforme o completa* tal y como la hemos descrito nosotros en el Capítulo I de este Trabajo, o incluso como expresiones descriptivas de una integración diferenciada en el espacio. Vid., por ejemplo, cómo WIMMER, T. identifica la expresión *différentiation restreinte* con una integración uniforme cuyo contenido corresponde a una integración completa tal y como ya la describimos nosotros (*Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., pp. 25-26): para este autor la integración diferenciada existe desde el momento en que hay una diferencia, sea cual sea su fundamento y contenido, entre los derechos y obligaciones de un Estado miembro y los de otro; vid. también, por ejemplo, cómo STUBB, A.C-G identifica la expresión *Restrained differentiation* con una integración diferenciada en el espacio ("A categorization of...", op. cit., pp. 285).

demuestran que ese Estado miembro incumplió sus obligaciones, pueden servir a la prolongación *indefinida* de una integración diferenciada en la Unión Europea; de este modo la obligación jurídica se convierte *de hecho* en una opción política, pasando a una situación *fáctica* de integración diferenciada en el espacio, y generando una modificación *de hecho* del Derecho de la Unión¹⁴².

Este tipo de integración diferenciada puede encontrarse bajo numerosas denominaciones: Abgestufte integration¹⁴³ (Graduated integration o Intégration

¹⁴² Puesto que esta integración diferenciada no finaliza a la llegada de un plazo determinado sino *cuando es posible*, podríamos pensar que existe una presunción de inexistencia de dolo o negligencia en los Estados miembros situados efectivamente en el nivel inferior de integración si estos no cumplen con las condiciones objetivas en un determinado momento; por eso, la carga de la prueba recaería sobre aquel interesado en demostrar que ese Estado miembro faltó a sus obligaciones. Algo muy distinto ocurre en el caso de plazo determinado, en cuanto que no parece concebirse *a priori* la posibilidad de que, llegada la fecha predeterminada, no se hayan cumplido las condiciones necesarias para pasar efectivamente de un nivel inferior a otro superior de integración: en este caso la carga de la prueba recaería sobre el Estado miembro en cuestión que no pasó al nivel superior de integración por no cumplir con las condiciones para ello en el momento previsto.

¹⁴³ Vid. GRABITZ, E. *Une formule d'intégration...*, op. cit., pp. 29-31, p.3; LANGEHEINE, B; WEINSTOCK, U. "Graduated integration: a modest path towards progress". *JCMS*. 1985, nº3, vol. 23, p. 186.

echelonée), Two or Multi tier¹⁴⁴, deux ou plusieurs vitesses (two speeds, variable speed)¹⁴⁵, step by step (pas-à-pas)¹⁴⁶.

Las disposiciones del Tratado de la Comunidad de 1992 relativas a la Tercera fase de la Unión Económica y Monetaria ilustran por primera vez la puesta en marcha de un sistema de integración diferenciada de carácter temporal, concretamente en tiempo no determinado. Este sistema no sólo no excluía una UEM con la participación de todos los Estados miembros comprometidos en ello¹⁴⁷, sino que éste era precisamente su objetivo final. La

¹⁴⁴ Vid. GRABITZ, E y LANGEHEINE, B. "Legal problems...", op. cit., pp. 34-35; GRABITZ, E. "Community law and differentiation between member states". En *Gedifferentieerde Integratie in de Europese Gemeenschappen*. Veertiende Sittig, 1984, gehouden op 7 september 1984 in de vergaderzaal van het Ministerie van Financiën in Den Haag en georganiseerd onder auspiciën de Commissie Europees Recht van het Interuniversitair Instituut voor Internationaal Recht, TMC Asser Instituut's-Gravenhage, pp. 83-89. Para LANGEHEINE, B. y WEINSTOCK, U. los términos *Abgestufte integration* y *Two-tiers* son semánticamente equivalentes aunque en su opinión el primero refleja mejor el carácter dinámico de la integración diferenciada en el tiempo ("Graduated integration:...", op. cit., p. 186); sin embargo, STUBB, A.C-G. no está de acuerdo con esa identificación: este autor sitúa el concepto de *Two-tier* en la integración diferenciada en el espacio, al poner el acento en los niveles, y no en el tiempo, mientras sitúa el concepto de *Abgestufte Integration* en la integración diferenciada en el tiempo (vid. STUBB, C-G A. "A categorization...", op. cit., p. 290; Id., "The intergovernmental Conference...", op. cit., p. 39). Por su parte, WALLACE, H. y RIDLEY, A., parecen insertar el concepto de two-tiers en el de integración diferenciada en el espacio (*Europe: The challenge of diversity*. London, Boston, Henley: The Royal Institute of International Affairs. Routledge & Kegan Paul, 1985, p. 34); en este mismo sentido parecería estar el punto de vista de WIMMER, T. al situar el concepto Multi-Tier como sinónimo inglés de "plusieurs niveaux" (*Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., p.39); igual opinan WALLACE, H y WALLACE, W. (*Flying together...*, op. cit., p. 56).

¹⁴⁵ Vid. GRABITZ, E; LANGEHEINE, B. "Legal problems...", op. cit., pp. 34-35; WIMMER, T. *Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., pp. 28-32.

¹⁴⁶ Vid. WIMMER, T. *Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., p. 27. En cuanto a la expresión *Flying geese* utilizada por WALLACE, H y WALLACE, W. quizás también podría introducirse junto a esas expresiones, en cuanto que la existencia de rotación en las posiciones de menor a mayor integración tal y como es descrita por estos autores podría indicarnos una obligación de ir cambiando de posición (*Flying together in a larger...*, op. cit., p. 28).

¹⁴⁷ Reino Unido y Dinamarca permanecen como Estados miembros ajenos a la UEM. Vid. Protocolo nº11 (actual Protocolo nº25) sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Protocolo nº 12 (actual Protocolo nº26) sobre

posibilidad de que se realizara una UEM sin la participación de todos los Estados miembros, justificada en el no cumplimiento por ciertos de ellos de determinadas condiciones objetivas en un momento dado (concretamente en el momento previsto para la evaluación del cumplimiento de tales condiciones objetivas), era sólo *temporal*: unos Estados miembros se incorporarían antes a la UEM que otros, pero se incorporarían todos los que habían asumido dicho compromiso¹⁴⁸.

De acuerdo con ese Tratado, en la última fase de la UEM que había de iniciarse definitivamente el 1 de enero de 1999¹⁴⁹, participarían automáticamente todos los Estados miembros a excepción, claro, de aquellos que no se comprometieron a ello y de los que, comprometiéndose, no cumplieran con los requisitos objetivos necesarios (arts. 104C.2, 109J.1, 2, y 4 TCE¹⁵⁰, Protocolo nº5 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo¹⁵¹, y Protocolo nº 6 sobre los criterios de convergencia previstos en el art. 109J TCE)¹⁵².

determinadas disposiciones relativas a Dinamarca, y la Sección B de la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea, adoptada en Edimburgo en diciembre de 1992.

¹⁴⁸ Vid. al respecto los ex arts. 2, 3A TCE y 105-109M TCE, actuales arts. 2, 4 y 105 a 124, respectivamente. Como ha dicho LOUIS, J.V. "Si l'on fait abstraction des exemptions au Royaume-Uni et au Danemark à propos de la 3 phase de la UEM, la philosophie du régime de différenciation repose sur la volonté de participation de tous les Etats membres à l'Union monétaire". ("Quelques réflexions sur la différenciation...", op. cit., p. 44).

¹⁴⁹ El entonces art. 109J.4 TCE, actual art. 121.4, establecía esta fecha para el inicio de la Tercera fase de la UEM si a finales de 1997 no hubiera sido fijada una fecha al respecto, tal y como ocurrió. Vid. también a este respecto el Protocolo nº10 sobre la transición a la tercera fase de la UEM (actual Protocolo nº 24).

¹⁵⁰ Actuales arts. 104.2 y 121.1, 2 y 4, respectivamente.

¹⁵¹ Actual Protocolo nº 20.

¹⁵² Actual Protocolo nº 21. Las condiciones para el paso a la Tercera fase de la UEM eran (y son): a) compatibilidad de la legislación nacional de los Estados miembros con los arts. 107 y 108 TCE (actuales arts. 108 y 109) y con los estatutos del SEBC; b) cumplimiento de los siguientes criterios objetivos de convergencia económica: 1.- déficit público inferior al 3% PIB; 2.- deuda pública no superior al 60% PIB; 3.- estabilidad de precios, inflación que no supere el 1,5% de la media de los tres Estados miembros con tasa más baja; 4.- tipo de interés nominal a largo plazo no superior en un 2% al de los tres Estados con mayor estabilidad de precios; 5.- permanencia de al menos dos años, sin tensiones graves, en los

Los Estados miembros que no cumplieran con esas condiciones objetivas quedarían como *Estados miembros acogidos a una excepción*¹⁵³, con un estatuto especial respecto a los otros Estados miembros: no les serían aplicables, de momento, determinadas disposiciones del Tratado en materia de Unión Económica y Monetaria (art. 109K.3 TCE¹⁵⁴) que sí serían aplicables a los Estados miembros que se incorporan a la Tercera fase. Estos Estados miembros se situarían en un nivel de integración inmediatamente *inferior* al de la Tercera fase pero *superior* al de la Segunda¹⁵⁵, hasta alcanzar los criterios antes mencionados (art. 109K.2 TCE¹⁵⁶). Entretanto, habrían de continuar esforzándose por cumplirlos en el plazo más breve posible para incorporarse así a dicha Tercera fase y participar efectivamente en el nivel de integración superior que ella significa.

El Tratado de Amsterdam ha introducido, con la integración de Schengen en el marco de la Unión Europea, la posibilidad de una nueva integración diferenciada de carácter temporal en su interior. Concretamente ésta afecta, en el ámbito Schengen, a los Títulos IV TCE y VI TUE relativos, el primero, a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre

márgenes normales de fluctuación del SME, sin hacer efectiva una devaluación de la moneda en ese periodo. Se han utilizado, pues, criterios de convergencia nominal y no real, aunque ésta sea también un objetivo comunitario (vid. *Supra*, Capítulo I, Sección I, Epígrafe B), Punto 1), posiblemente porque una equiparación de las variables reales resulta demasiado lenta y ello hubiera dilatado en exceso la implantación de la UEM. Además de esto, habrían de tomarse en consideración “la evolución del ecu [hoy Euro], los resultados de la integración en los mercados, la situación y la evolución de las balanzas de pagos por cuenta corriente y un estudio de la evolución de los costes laborales unitarios y de otros índices de precios” (art. 109J.1, últ. pár TCE, actual art. 121.1 últ. pár.).

¹⁵³ Art. 109K.2 TCE (actual art. 122.2). Se establecía en dicho artículo una evaluación cada dos años como mínimo para comprobar la situación de los Estados acogidos a una excepción y el cumplimiento de los criterios del art. 109J.1 TCE (actual art. 121.1) y el Protocolo nº 6 (actual Protocolo nº 21).

¹⁵⁴ Actual art. 122.3.

¹⁵⁵ Formarán parte, por ejemplo, del SEBC (vid. el entonces art. 109L TCE en relación con el art. 109K TCE, actuales arts. 123 y 122 respectivamente).

¹⁵⁶ Actual art. 122.2.

circulación de personas y, el segundo, a la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal.

El art. 2.2 del Protocolo nº2 anejo TCE y TUE recoge la posibilidad de que existan ciertos Estados miembros parte en los Acuerdos de Schengen que, temporalmente, no cumplan con las condiciones necesarias para que el acervo Schengen les sea aplicable. Esto significa que aunque estos Estados miembros participen de la profundización que significa la integración de estos Acuerdos en la Unión Europea no van a participar efectivamente en el nivel de integración superior que esto significa, por carecer de las condiciones para ello. Así pues, es posible que Estados miembros comprometidos en la consecución de los objetivos de Schengen y en la profundización en la Unión Europea que significa la integración y desarrollo de este acervo bajo los Títulos IV TCE y VI TUE, carezcan de las condiciones necesarias, de momento, para incorporarse efectivamente a ese nivel de integración superior y, consecuentemente, para vincularse por los derechos y obligaciones que pudieran surgir al respecto.

El artículo 2.2 del mencionado Protocolo no hace sino integrar en la UE la distinción que hacían los Acuerdos de Schengen entre firma y ratificación, de un lado, y su aplicación de otro; estos Acuerdos sólo entraban en vigor en cada Estado miembro cuando las condiciones previas a su aplicación eran cumplidas en ellos y los controles en las fronteras exteriores eran efectivos: la Declaración común nº1 inserta en el Acta final de cada Acuerdo de Adhesión de nuevos Estados al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, establecía que tales Acuerdos de Adhesión únicamente entrarían en vigor cuando las condiciones previas a la aplicación del Convenio de 1990 se cumplieran en los Estados y los controles en las fronteras exteriores fueran efectivos.

Dinamarca, Suecia y Finlandia han sido los últimos Estados miembros a los que ha resultado aplicable el acervo Schengen y su desarrollo,

concretamente desde el 25 de marzo de 2001¹⁵⁷. Hasta entonces, el acervo Schengen y su desarrollo no era aplicable en estos Estados miembros de la UE a pesar de haber firmado y ratificado los Acuerdos Schengen con anterioridad¹⁵⁸. En esos Estados miembros, tales Acuerdos no han podido entrar en vigor hasta entonces por no contar con las condiciones previas necesarias para ello: la vigencia previa de los compromisos de la Unión Nórdica impedía la aplicación simultánea de ambos acuerdos. La ratificación de estos acuerdos por tales Estados miembros y su inclusión en el marco de la UE, contribuyendo a los objetivos de ésta, junto con el fin de las incompatibilidades entre esos acuerdos obligó a dichos Estados miembros a intentar cumplir con las condiciones necesarias para su aplicación; la postergación injustificada del cumplimiento de tales condiciones habría significado un incumplimiento de las obligaciones que se desprendían para tales Estados miembros de su compromiso de participar en la profundización que significaba la integración del acervo de Schengen en el marco de la UE.

El momento a partir del cual ha de producirse efectivamente la participación de los Estados miembros en el nivel de integración superior que significa la aplicación de los acuerdos Schengen viene determinado, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, por la unanimidad del Consejo en una formación restringida a los Estados miembros a los que ya resulta aplicable Schengen (art. 2.2 Protocolo nº2)¹⁵⁹, previo cumplimiento por los Estados miembros de que se trate, de las condiciones necesarias para ello.

¹⁵⁷ Vid. Decisión del Consejo de 1 de diciembre de 2000, relativa a la puesta en aplicación del acervo Schengen en Dinamarca, Finlandia y Suecia, así como en Islandia y Noruega (DOCE L 309 de 9 de diciembre de 2000).

¹⁵⁸ Los Acuerdos de Adhesión de Dinamarca, Suecia y Finlandia al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen pueden consultarse en DOCE L 239 de 22 de septiembre de 2000.

¹⁵⁹ Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam era el Comité Ejecutivo creado por el Convenio de Aplicación de Schengen quien adoptaba la pertinente Decisión para la puesta en vigor de este Convenio en los Estados parte en él; vid., por ejemplo, Decisiones del Comité Ejecutivo Schengen de 7 de octubre de 1997 y de 16 de diciembre de 1998 sobre puesta en vigor del Convenio de Aplicación de Schengen en Grecia (SCH/Com-ex (97) 29, 2ª rev. y SCH/Com-ex (98) 49, 3ª rev., respectivamente (estos textos pueden

SECCIÓN 2: SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES EN UN SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA QUE NO OBLIGA A SUS ESTADOS MIEMBROS A INCORPORARSE A UN NIVEL DE INTEGRACIÓN SUPERIOR.

Este sistema de integración diferenciada tiene su origen en que no todos los Estados miembros están igualmente dispuestos a avanzar en el proceso de integración o incluso a mantener el nivel de integración alcanzado. Se trata, no ya de una cuestión de capacidad sino de voluntad. Concretamente, el origen de este sistema de integración diferenciada está:

a) En la negativa de algún Estado miembro a avanzar en el proceso de integración y en el deseo de hacerlo por parte de otros Estados miembros:

1.- no *todos* los Estados miembros se comprometen jurídicamente en la realización de idénticos objetivos y, en consecuencia, no *todos* van a estar obligados a incorporarse al nivel de integración superior que estos puedan significar; tal incorporación dependerá de su voluntad. En consecuencia, la integración diferenciada que se genera puede prolongarse por tiempo indefinido o permanente.

2.- *todos* los Estados miembros se comprometen en la realización de idénticos objetivos cuyo momento y/o método para su consecución no ha sido precisado. En este caso, la precisión del momento y/o método para la consecución del objetivo puede producir desacuerdos entre los Estados miembros que originen un sistema de integración diferenciada. Aparentemente, puesto que todos los Estados miembros aparecen comprometidos con un objetivo común, este sistema de integración diferenciada sería susceptible de

verse en DOCE L 239...cit.). Conforme al art. 2.1 del Protocolo nº 2 antes mencionado, el Consejo ha sustituido al Comité Ejecutivo de Schengen.

prolongarse sólo por tiempo indeterminado pero no indefinido o permanente; sin embargo, la no especificidad del momento y/o del método para la consecución de un objetivo previamente asumido, impide exigir a un Estado miembro que se comprometa a incorporarse a un nivel de integración superior de un determinado modo y en un determinado momento; por eso, el tránsito de un escalón de integración a otro depende de la simple voluntad del Estado miembro que no asumió la concreción del tiempo y momento que han elegido otros Estados miembros con posterioridad a la asunción del compromiso inicial. De este modo, la permanencia en el tiempo de dos niveles de integración puede ser indefinida y permanente. En definitiva, la *obligación jurídica* previamente asumida por el Estado miembro de incorporarse al nivel de integración superior que significa la asunción de un objetivo cuyo método y/o momento de consecución no han quedado determinados, *dependerá* siempre, en cualquier momento, de su *voluntad* posterior; nos encontraríamos ante una *obligación de cumplimiento voluntario*, algo que carece de todo sentido. Por esta razón, la obligación jurídica de pasar de un nivel de integración inferior a otro superior para un Estado miembro queda completamente diluída y se hace inexistente cuando el momento y/o el método para ello no han sido precisados. En consecuencia, diluída la obligación de pasar de un nivel de integración inferior a un nivel de integración superior, queda diluída también la existencia de un objetivo común asumido por todos los Estados miembros, en cuanto que la participación de los Estados miembros en su consecución dependerá de su propia voluntad. La situación puede terminar siendo la que se produce cuando un Estado miembro decide no asumir el objetivo de esa mayor integración: una situación permanente e indefinida de dos niveles de integración¹⁶⁰.

b) En la reversibilidad de los compromisos jurídicos comunitarios previamente contraídos: Estados miembros comprometidos en la realización de

¹⁶⁰ Ejemplo de este tipo es la permanencia de Dinamarca al margen de la UEM.

un determinado objetivo, estando determinado o no el momento y/o el método para su consecución, se retrotraen al momento anterior a la adopción de ese compromiso jurídico. Mientras unos Estados miembros permanecen en el nivel de integración alcanzado o incluso profundizan en él, otros se sitúan en un nivel de integración inferior al previamente alcanzado, ajenos al nivel de integración superior en el que participan el resto de Estados miembros¹⁶¹.

Así, y a diferencia de lo que ocurriría con la integración diferenciada de carácter temporal, la integración diferenciada a que nos referimos ahora (que podemos conceptualizar como integración diferenciada en el espacio) no tiene su origen en el no cumplimiento por un Estado miembro de las condiciones objetivas estimadas como necesarias para la consecución del objetivo de que se trate, sino en la negativa de un Estado miembro a profundizar en la integración comunitaria asumiendo un nuevo objetivo (ya sea éste en sí mismo, ya sea en su concreción para conseguirlo en un determinado momento y/o a través de un determinado método) o en la reversibilidad de los compromisos jurídicos previamente contraídos por un Estado miembro:

1.- no todos los Estados miembros asumen jurídicamente idénticos objetivos y compromisos, por lo que no todos los Estados van a realizar idéntica transferencia de competencias a la Comunidad y van a comprometerse en el mismo grado dentro de la Unión. Por esta razón, los objetivos comunes y los compromisos de los Estados miembros son mayores en una integración diferenciada de carácter temporal que en una integración diferenciada en el espacio¹⁶².

2.- se asume como posible desde su nacimiento una integración diferenciada permanente, puesto que su finalización no va a depender de la llegada de un plazo o del cumplimiento de unas condiciones objetivas, sino del

¹⁶¹ Ejemplo de este tipo es la permanencia del Reino Unido e Irlanda del Norte al margen de la política social en el TCE de 1992.

¹⁶² STUBB, A.C-G. "A categorization...", op. cit., p. 289.

deseo del Estado miembro de que se trate de participar en el nivel de integración superior. Lo que en la integración diferenciada en el tiempo era una obligación, en la integración diferenciada en el espacio es una opción.

3.- un sistema de integración diferenciada de carácter temporal siempre es espacial, puesto que durante un periodo de tiempo (determinado o no) existen varios grupos de Estados en distintos niveles de integración. Sin embargo, el sistema integración diferenciada en el espacio no lo es necesariamente en el tiempo en cuanto que moverse de nivel de integración es una opción y no una obligación¹⁶³; precisamente por eso, la integración diferenciada en este caso puede ser permanente, aunque no necesariamente: no se descarta que *voluntariamente* se vayan realizando los cambios progresivos de nivel. En este sentido, y sólo en éste, un sistema de integración diferenciada en el espacio *puede ser* temporal¹⁶⁴.

Establecemos dos categorías de sistemas de integración diferenciada en el espacio según se respeten o no los compromisos previos jurídicamente adquiridos por los Estados miembros, esto es, el acervo de la Unión¹⁶⁵.

¹⁶³ WIMMER, T. *Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., p. 38.

¹⁶⁴ En palabras de STUBB, A. C-G., "... the distinctions (...) are not absolute categorizations since flexibility integration inevitably refers to different speeds for different member states in different areas and sometimes in different integrative units". ("The 1996 Intergovernmental Conference...", op. cit., p. 40. Vid. una afirmación del mismo autor, *The semantic indigestion of differentiated integration...*, op. cit., p. 18).

¹⁶⁵ Incluido el asimilado a él (esto es, el acervo de la integración diferenciada); sobre esto volveremos posteriormente (vid. *Infra*, Capítulo IV, Sección 2, Epígrafe B), Punto 5, Letra a)). STUBB, A. C-G. introduce un elemento de distinción entre integración diferenciada en el espacio en sentido estricto e integración diferenciada en virtud de la materia en sentido estricto, denominadas por él *geometría variable* y *Europa a la Carta* respectivamente (sobre estas variables de integración diferenciada vid. *Supra*, Introducción inicial a este Trabajo). Para este autor, "The main distinction between variable geometry and à la Carte is that the former exemplifies a certain opt-in or opt-up to a conglomeration of Member States which have already pursued deeper integration in a specific policy area (...) The latter, on the other hand, is a form of differentiation in which a Member State opts out or opts down away from a specific policy area (...)" ("A categorization...", op. cit., p. 289). Esta apreciación nos lleva a poner el acento en la posibilidad de que los compromisos jurídicos de los Estados miembros sean reversibles y vuelvan a un estadio de integración anterior para hablar de Europa a la Carta, y en la imposibilidad de hacerlo para hablar de geometría variable; por decirlo de un modo más ilustrativo: sólo en el caso de *Europa a la Carta* si el *menú* con el que se ha comprometido jurídicamente un Estado miembro y que ha elegido ya

A) Integración diferenciada en el espacio respetando el acervo de la Unión.

En estos casos, mientras unos Estados miembros profundizan en determinados ámbitos en el interior de la Unión, otros permanecen voluntariamente en un estadio inferior de integración sin que esto suponga una reversibilidad sobre los compromisos jurídicos previamente adquiridos por ellos.

Para referirse a este tipo de integración diferenciada existe toda una terminología clasificable en dos grandes grupos según se ponga el acento en el objeto o en el sujeto de la profundización, esto es, en las materias o en los Estados miembros. En realidad, se trata de una visión más académica que práctica: mientras el primer caso se describe como una disposición en círculos donde en el central figuran las áreas integradas por la mayoría de los Estados miembros, en el segundo caso el círculo central está formado por los Estados miembros con mayor nivel de integración.

Para la integración diferenciada en función de la materia se han acuñado denominaciones y expresiones tales como *Spherical Core surrounded by a series of concentric circles*¹⁶⁶, *géometrie variable* o *"swing-wing"*¹⁶⁷, *flexible integration*¹⁶⁸. Para la integración diferenciada en función de los Estados se han

no le gusta, o el *cocinero* no lo *cocina como él esperaba*, se reserva la posibilidad de devolverlo una vez cocinado, ya sea unilateralmente, ya sea a través de un instrumento jurídico colectivo que le autorice a hacerlo, sin obligación de elegir ese menú en el futuro, incluso aunque lo aderecen con nuevas especias. Visto esto, hemos optado por hacer una clasificación según la integración diferenciada respete o no el acervo de la Unión, en definitiva, según se configure o no en sí misma sobre una regresión en la integración tras la previa reversibilidad por un Estado miembro de los compromisos jurídicos previamente adquiridos, o simplemente según se les permita o no esta posibilidad.

¹⁶⁶ Vid. TUGENDHAT, C. "How to get Europe moving again". *International Affairs*. 1985, vol. 61, pp. 426-429.

¹⁶⁷ Vid. WALLACE, H.; RIDLEY, A. *Europe: The challenge...*, op. cit., p. 36.

¹⁶⁸ Vid. DEWATRIPONT, M. GIAVAZZI, F. VON HAGEN, J. (et ali). *Flexible integration. Towards a more effective and democratic Europe*. London: Centre for Economic Policy Research, 1995, pp. 58-61.

utilizado denominaciones como *Deux ou Plusieurs niveaux*¹⁶⁹, *Two or multi-class*¹⁷⁰, *hard core (noyau dur, kerneuropa o noyau solide)*¹⁷¹, *directoire*¹⁷², *avant-garde*¹⁷³, *overlapping circles*¹⁷⁴, *Orchestrating Europe*¹⁷⁵.

Este sistema de integración diferenciada puede aparecer tanto en el articulado de los Tratados como en Protocolos anejos a él¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Vid. WIMMER, T. *Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., pp. 39-48.

¹⁷⁰ Vid. LANGEHEINE, B.; WEINSTOCK, U. "Graduated integration...", op. cit., p.189.

¹⁷¹ WIMMER, T. utiliza este concepto como variante de la integración diferenciada de carácter temporal, pues en su opinión los Estados miembros en un nivel de integración inferior están obligados a unirse a los del nivel de integración superior (*Vers une Europe à la Carte...*, op. cit., pp. 32-37). Sin embargo, nos parece que esta obligación, tal y como la describe WIMMER, T. es moral y no jurídica; por otra parte utiliza este autor el Acuerdo de Schengen como ejemplo de esto, aunque, a nuestro juicio, no es el mejor ejemplo por ser ajeno a la UE en el momento en que lo utiliza.

¹⁷² Vid. WALLACE, H.; RIDLEY, A. *Europe: The challenge...*, op. cit., p. 29-30. Incluimos aquí este concepto, si bien su objetivo y finalidad van enfocados a la política de seguridad a fin de dotar a la Unión de mayor poder e influencia en la esfera internacional. Los que lo han definido no han precisado la relación con el resto de las políticas de la CE, aspecto éste que hubiera resultado muy interesante (en este sentido, *Ibíd*, p. 34). Hay quien, sin embargo, introduce el modelo *Directoire* en la integración diferenciada de carácter temporal así como en la geometría variable (Vid., STUBB, A.C-G. "A categorization...", op. cit., p. 285).

¹⁷³ Vid. CLUB DE FLORENCE. *Europe: l'impossible statu quo*. París: Stock, 1996, pp. 230-233.

¹⁷⁴ Vid. CULLEN, D., si bien restringiendo el concepto a la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior ("Variable geometry and overlapping circles: in search of a suitable model for justice and home affairs". En BIEBER, R; MONAR, J. (Eds.). *Justice and home affairs in the European Union. The development of the third pillar*. Brussels: European University Press, 1995, n° 47, pp. 69 y ss). Hay autores que, por el contrario, introducen esta expresión dentro de la Europa a la Carta (vid. STUBB, A.C-G. "A categorization...", op. cit., p. 286).

¹⁷⁵ No parece que *tocar las nuevas piezas musicales* resulte obligatorio (vid. WALLACE, H. y WALLACE, W. *Flying together...*, op. cit., pp. 29-30). Por su parte, STUBB, A. C-G. introduce este concepto en la integración diferenciada de carácter temporal ("A categorization...", op. cit., p. 285).

¹⁷⁶ Conforme al art. 311 TCE (ex art. 239 TCE, también TCEE), los Protocolos forman parte integrante del Tratado de la Comunidad.

1) En el articulado de los Tratados.

a) La PESC y los Estados miembros neutrales.

La configuración de la integración diferenciada en el segundo pilar de la Unión Europea, Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), en relación con la política de defensa común a partir del Tratado de la Unión Europea de 1992 es un buen ejemplo de sistema de integración diferenciada en el espacio que respeta los compromisos jurídicos previamente adquiridos por los Estados miembros y cuyo contenido, en lo que nos aquí nos interesa, se ha mantenido prácticamente igual en el Tratado de Amsterdam¹⁷⁷.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea de 1992, la cooperación intergubernamental en política exterior se practicaba a través de la denominada Cooperación Política Europea (CPE), cuya regulación en el AUE no se refería en absoluto a cuestiones de defensa; solamente se hacía referencia a cuestiones de seguridad en sus aspectos políticos, económicos, tecnológicos e industriales y a la posibilidad de cooperar en el campo de seguridad entre algunos de los Estados miembros en el marco de la UEO y de la OTAN (art. 30.6 a), b) y c) AUE¹⁷⁸), lo que significaba realizarla al margen de los Tratados; el ámbito militar de la seguridad permanecía entonces como ajeno a la CPE¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Sobre la PESC de 1992 pueden verse, entre otros: LIÑÁN NOGUERAS, D.J. "La Política Exterior y de Seguridad Común". *RIE*. 1992, nº 3, pp. 797-825; Id., "La cooperación en materia de política exterior: de la Cooperación Política Europea a la Política Exterior y de Seguridad Común". En RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (Dir.) *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Madrid: 1993, pp. 327-370; ROBLES CARRILLO, M.A. *La Unión Europea Occidental y la cooperación en materia de seguridad y defensa*. Madrid: Mc Graw Hill, 1997, 215 pp.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. "La Política Exterior y de Seguridad Común en el Tratado de la Unión Europea". *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia*. 1992, nº D-18, pp. 97-130; Id., "La Unión Europea y su Política Exterior y de Seguridad Común". *RIE*. 1993, nº3, pp. 773-798.

¹⁷⁸ Derogado por el Tratado de la Unión Europea de 1992 que introdujo en su Título V la Política Exterior y de Seguridad Común.

¹⁷⁹ Vid. al respecto FERNÁNDEZ LIESA, C.R. *Las bases de la política exterior europea*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 135-142.

En consecuencia, la introducción expresa de una cooperación intergubernamental en el ámbito de defensa en el Tratado de la Unión Europea de 1992 fue una forma de profundización en el proceso de integración. La PESC abarcaría entonces “*todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión Europea, incluida la definición, en el futuro, de una política de defensa común*, que pudiera conducir en su momento a una defensa común” (art. J.4.1 TUE)¹⁸⁰, reiterando lo que ya establecía el entonces art. B TUE¹⁸¹ cuando introducía entre los objetivos de la Unión “afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común”.

Ante esta profundización algunos Estados miembros manifestaron su reticencia y temor a perder la propia identidad habida cuenta de que la política exterior y de defensa forma parte del *núcleo duro* de la soberanía estatal¹⁸². Por esa razón el Título V del Tratado de la Unión Europea de 1992 relativo a la PESC, introdujo determinadas disposiciones que permitían la mayor profundización y avance de unos Estados miembros frente a otros dentro del proceso de integración: mientras unos Estados miembros se comprometían a participar en la configuración de una política de defensa, otros permanecerían ajenos a ello: de acuerdo con el entonces art. J.4.2 TUE¹⁸³, la Unión Europea Occidental (UEO), sería la encargada de elaborar y poner en práctica las decisiones y acciones de la Unión que tuvieran repercusiones en el ámbito de la defensa, como parte integrante del desarrollo de la Unión Europea; al mismo

¹⁸⁰ Actual art. 17 tras su modificación. La cursiva es nuestra. Los arts. J a J.1 TUE han sido sustituidos por los arts. 11 a 28 TUE.

¹⁸¹ Actual art. 2 tras su modificación.

¹⁸² Para el Derecho internacional público, entre los elementos esenciales del Estado está el de su independencia y soberanía, una de cuyas manifestaciones es hacia el exterior, es decir, en las relaciones internacionales (Vid. DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo I. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 223-224; MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. *Derecho Internacional Público (Parte General)*. Valladolid: Trotta, 1999, pp. 88-101).

¹⁸³ Actual art. 17.1, 2º párr. tras su modificación.

tiempo, el art. J.4.4 TUE¹⁸⁴ garantizaba la especificidad de las políticas nacionales en cuanto que “la política de la Unión no afectará al carácter específico de la política de seguridad y de defensa de determinados Estados miembros, respetará las obligaciones derivadas para determinados Estados miembros del Tratado del Atlántico Norte y será compatible con la política común de seguridad y de defensa establecida en dicho marco”.

En consecuencia, de la lectura de estos artículos se desprende que:

1.- La UEO se configuraba como el brazo ejecutor de una política de defensa común de la Unión Europea.

2.- Sin embargo, los Estados miembros tenían el derecho a preservar el carácter específico de su política de seguridad y defensa. Por eso, aunque lo deseable fuera que todos los Estados miembros participaran como miembros de pleno derecho en la Unión Europea Occidental, esto no resultaba obligatorio. El deseo de procurar una Unión Europea lo más integrada posible fue el motivo de la Declaración aneja al Tratado de la Unión Europea relativa a la UEO en la que se invitaba a los Estados miembros de la UE que no lo fueran todavía de la UEO a que se incorporaran a ella¹⁸⁵. Sin embargo, en la Unión Europea Occidental, brazo ejecutor de las decisiones de la UE en materia de defensa, no participan todos los Estados miembros de la UE de pleno derecho, sino que algunos participan, todavía hoy, como observadores: Dinamarca, Irlanda, Finlandia, Austria y Suecia (los cuatro últimos mantienen situaciones de neutralidad con origen diverso¹⁸⁶). Hay que tener en cuenta, además, que en la UEO participan como miembros asociados Islandia, Noruega, Turquía,

¹⁸⁴ Actual art. 17.1, 3er. pár. tras su modificación.

¹⁸⁵ Vid. Declaración nº30 relativa a la Unión Europea Occidental.

¹⁸⁶ Vid. al respecto algunos títulos: FERNÁNDEZ LIESA, C. R. “Situaciones de Neutralidad y Adhesión de nuevos Estados a la Comunidad/Unión Europea”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Separata, 1992, XXIV, pp. 66-103; HUMMER, W. “La adhesión de un Estado con neutralidad permanente a las Comunidades Europeas: el caso de Austria”. *RIE*. 1990, nº 3, vol. 17, pp. 827-874; LYSÉN, G. “Some views on neutrality and membership of the European Communities: The case of Sweden”. *CMLR*, 1992, vol. 29, pp. 229-255; UREÑA ÁLVAREZ, M^a R. “Los Estados neutrales y su adhesión a la Comunidad Europea”. *REE*. 1992, nº 2, pp. 33-45.

Hungría, Polonia, y la República Checa y, como países asociados Bulgaria, Eslovaquia, Rumanía, Estonia, Lituania y Letonia, Estados todos ellos que no forman parte de la UE actualmente¹⁸⁷. De este modo, es difícil situar a la UEO como un marco de integración diferenciada en el interior de la UE en sentido estricto; la UEO se encontraría en una situación intermedia entre la integración diferenciada exterior a la UE y la integración diferenciada en el interior de la UE¹⁸⁸.

Por otra parte, conviene señalar que el Tratado de Niza ha eliminado del texto del Tratado la consideración de la UEO como parte integrante del desarrollo de la Unión Europea y su labor como brazo ejecutor de la política de defensa de la Unión.

b) Cláusulas de cooperación reforzada.

La puesta en marcha de estas cláusulas recogidas en los arts. 40 a 41 TUE, 43 a 45 TUE y art. 11 TCE, permiten el establecimiento de un sistema de integración diferenciada en el interior de la Unión Europea, pero siempre en el respeto del acervo de la Unión en vigor; por sí mismas, pues, dichas cláusulas no suponen ninguna reversibilidad en los compromisos jurídicos previamente contraídos por los Estados miembros¹⁸⁹.

El Tratado de Niza ha introducido algunas modificaciones a estas cláusulas (arts. 40 a 45 TUE y 11 a 11A TCE) sin importancia para lo que

¹⁸⁷ Sobre la *asimetría* de Estados dentro de la UEO, vid. ROBLES CARRILLO, M. *La Unión Europea Occidental...*, op. cit., pp. 130-137.

¹⁸⁸ En este sentido, REMACLE, E. "L'intégration différenciée dans la PESC, la politique de défense commune et la défense commune." En *Vers une Europe différenciée...*, op. cit., p. 56.

¹⁸⁹ Sin embargo, nada impide, como veremos, que ese acervo en vigor sea regresivo respecto al anterior, lo que significaría que la integración diferenciada puesta en marcha en virtud de él es igualmente regresiva. Sobre esta cláusulas de cooperación reforzada volveremos en profundidad más adelante (Vid. *Infra*, Parte III).

acabamos de decir. Como novedad, este Tratado ha incorporado la cooperación reforzada en materia PESC (arts. 27A a 27E TUE)¹⁹⁰.

c) La competencia prejudicial del TJCE en la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam el TJCE carecía de competencia para pronunciarse sobre los actos adoptados en virtud del entonces Título VI TUE relativo a la cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior. A esto existía una sola excepción: los Convenios que en esos ámbitos pudiera celebrar el Consejo, siempre y cuando tales Convenios establecieran la competencia del TJCE para interpretar sus disposiciones y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación.

Este Título fue modificado por el Tratado de Amsterdam. El actual Título VI TUE relativo a la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal, sí reconoce al TJCE *cierta* competencia para pronunciarse sobre los actos adoptados en el marco de este Título, lo que ha significado una profundización en el proceso de integración. En lo que a nosotros nos interesa en este momento y de acuerdo con el art. 35 TUE, la competencia prejudicial del TJCE para pronunciarse “sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre la interpretación de convenios celebrados de conformidad con el presente Título y sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación”, queda subordinada a la existencia de una Declaración previa por cada Estado miembro aceptando tal competencia en el momento de la firma del Tratado de Amsterdam o en cualquier momento posterior¹⁹¹. Tal Declaración no es obligatoria, de forma que puede no producirse nunca¹⁹².

¹⁹⁰ Vid. *Infra*, Parte IV.

¹⁹¹ Sobre la competencia del TJCE en este ámbito pueden verse, por ejemplo, CURTI GIALDINO, G.C. “Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam”. *Rivista di Diritto Europeo*. 1998, nº1, pp. 60-65; GONZÁLEZ ALONSO, L.N. “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”. *RDCE*. 1998, nº 4, pp. 527-537; SIMAEYS J-Y. van; CARLIER, J-Y. “Le

La Declaración de sólo algunos Estados miembros aceptando esta competencia, genera una integración diferenciada en el interior de la Comunidad, dos niveles de integración. La razón está en que sólo unos Estados miembros van a estar obligados a aplicar los actos de la Unión anteriormente referidos de conformidad con la interpretación dada por el TJCE o a no aplicarlos en caso de que los declarara inválidos; en definitiva, sólo algunos Estados miembros se sitúan en un nivel de integración superior al aceptar la competencia del TJCE¹⁹³.

nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice". En LEJEUNE, Y. (Coord.) *Le Traité d'Amsterdam...*, op. cit., pp. 277-281.

¹⁹² Todavía no han realizado tal Declaración Dinamarca, Irlanda y Reino Unido. La relación de los Estados miembros que han realizado dicha Declaración y las condiciones en que lo hacen aparecen en el DOCE L 120 de 1 de mayo de 1999, en la *Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam*. De todos ellos, sólo España ha reconocido la competencia conforme a la letra a) del apartado 3 del art. 35 TUE; el resto lo ha hecho conforme a la letra b) del apartado 3 del mismo artículo. La Declaración de España aparece en la Disposición Adicional Única de la Ley orgánica 9/1998 de 16 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación de España del Tratado de Amsterdam por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el día de octubre de 1997 (BOE 301 de 17 de diciembre de 1998). España, junto con Bélgica, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Finlandia y Suecia, al hacer tal Declaración, se reserva el derecho de establecer en su legislación nacional, disposiciones con el fin de que, cuando se plantee una cuestión relativa a la validez o interpretación de uno de los actos mencionados en el apartado 1 del art. 35 en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional esté obligado a remitir el asunto al Tribunal de Justicia". Francia realizó su Declaración con posterioridad, el 26 de marzo de 2000.

¹⁹³ La posibilidad de que esta integración diferenciada pudiera suponer una reversibilidad de los compromisos jurídicos previamente adquiridos no vendría por sí misma, sino a partir de su conexión con los ámbitos comunitarios; quizás, a partir de la suerte de *derogación* que consideran SIMAEYS J-Y. Van y CARLIER, J-Y que produce el art. 35.1 TUE sobre el art. 230 TCE relativo a la cuestión prejudicial ("Le nouvel espace de liberté...", op. cit., p. 278), o quizás a partir de una desigualdad entre los ciudadanos comunitarios y una vulneración del principio de interpretación uniforme, a la que se refiere CURTI GIALDINO, G.C. ("Schengen e il terzo pilastro...", op. cit., p. 61).

2) En Protocolos.

a) El Protocolo n°12 sobre determinadas disposiciones relativas a

*Dinamarca*¹⁹⁴.

Este Protocolo, también introducido a partir de la revisión de los Tratados de 1992, permitía a Dinamarca quedar exenta de la obligatoriedad y el automatismo de la entrada en la Tercera fase de la UEM en el momento previsto, previa notificación en este sentido al Consejo (art. 1 Protocolo). Dinamarca podía decidir unilateralmente que el Protocolo n°10 sobre la transición a la Tercera fase de la UEM¹⁹⁵ y el entonces art. 109J TCE, así como los arts. 104C.9 y 11, 105.1, 2, 3 y 5, 105A, 108A, 109, y 109A.2.b) TCE, y los derechos y obligaciones dentro del SEBC de acuerdo con el Capítulo IX de los Estatutos del SEBC, no le fueran aplicables en el momento previsto, aun cumpliendo las condiciones objetivas necesarias. Para ello había de notificar su decisión al Consejo con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado, aunque antes de la evaluación prevista en el antiguo art. 109J.2 TCE¹⁹⁶.

Aparentemente Dinamarca sólo se habría reservado el momento respecto de su incorporación a la UEM, pero estaría obligada a incorporarse a ella. A esta conclusión llegamos después de comparar este Protocolo n°12 con el Protocolo n° 11 relativo al Reino Unido¹⁹⁷, y con el conjunto del Tratado donde está inserto: si el Reino Unido no se incorporara a la Tercera fase de la UEM (tal y como ha ocurrido), no le sería aplicable el entonces art. 3A.2 TCE¹⁹⁸, referido a la acción que los Estados miembros habrían de realizar a fin de

¹⁹⁴ Actual Protocolo n° 26.

¹⁹⁵ Actual Protocolo n°21.

¹⁹⁶ Actual art. 121.2.

¹⁹⁷ Actual Protocolo n° 25.

¹⁹⁸ Actual art. 4.

alcanzar una unión monetaria¹⁹⁹; esta exclusión no aparece en relación a Dinamarca, con lo que se podría entender que si bien este Estado miembro gozaría de libertad para elegir el momento en que desea incorporarse a la UEM, mantendría su obligación de hacerlo²⁰⁰, al menos formalmente. Evidencia de esto es que el estatuto jurídico de este Estado miembro en caso de permanecer al margen de la Tercera fase de la UEM es diferente al del Reino Unido²⁰¹.

Este es un claro ejemplo de cómo puede generarse una integración diferenciada permanente a partir de la concreción del momento para la consecución de un objetivo previamente asumido pero sin que quedara determinado entonces ese elemento. De este modo se hace compatible la inexistencia de una obligación para profundizar en la integración en un momento determinado, con la continuidad en la asunción del objetivo

¹⁹⁹ Como dice LOUIS, J.V., "(...)El principio mismo de unión monetaria (art. 3A.2) es rechazado por Gran Bretaña (...)". ("Aspectos jurídicos de la unión económica y monetaria". En PÉREZ GONZÁLEZ, M.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (et ali.). *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 263). Vid. también en este sentido ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Diferencias de integración y cooperación reforzada en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos. Estudios. Julio 1998, p. 42.

²⁰⁰ Vid., OLESTI RAYO, A. "El proceso de integración europea, la Unión monetaria y la soberanía de los Estados miembros". *GJCE*. 1997, nº D-28, pp. 159-161; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Diferencias de integración...*, op. cit., p. 41. En opinión de LOUIS, J.V., sin embargo, "Ce deux pays ne sont, en effet, tenus de passer à la 3^{me} phase de l'UEM que s'ils ont l'intention de le faire. Ils peuvent notifier à tout moment cette intention. Certes, ces exemptions sont fondamentalement conçues comme temporaires. Elles n'auraient pas été octroyées si la conviction n'était pas telle. Comme le relevait déjà E. Grabitz, le succès appelle le succès (...). Mais il n'y a pas de totale certitude" ("Quelques réflexions sur la différenciation dans l'Union Européenne", en *Vers une Europe différenciée? ...*, op. cit., p.37). (La cursiva es nuestra). LOUIS, J.V. parece identificar la situación jurídica del Reino Unido y Dinamarca, y no deja claro si las excepciones permitidas a estos Estados miembros son temporales política o jurídicamente, es decir, si los Estados estarían o no obligados con la UEM. De sus palabras podríamos deducir que tales excepciones han sido permitidas por la convicción de que la permanencia fuera de la UEM para estos Estados no será definitiva ya que no podrían soportar tal aislamiento, pero no porque estuvieran obligados a ello ya que, según dice al final, esto no resulta seguro; no se puede afirmar nada seguro sobre el futuro. En la misma línea se ha mantenido el autor posteriormente ("A legal and institutional approach for building a monetary union. *CMLR*. 1998, nº 1, vol. 35, pp. 64-66).

²⁰¹ Compárese el art. 2 Protocolo nº 12 con los arts. 5 y ss. Protocolo nº 11.

previamente existente, y se evita la negación del objetivo en sí mismo previamente asumido, algo que supondría una *quiebra* del Derecho comunitario establecido hasta entonces; ello, incluso si en la práctica Dinamarca no queda vinculada *efectivamente* con la UEM y oculta una negativa a entrar en la Tercera fase de UEM a la que se había comprometido y en cuyo proceso había venido participando.

Vemos pues, cómo un Estado miembro que asume la obligación jurídica de avanzar en la integración, esto es, de integrarse en el nivel de integración superior, sin determinar el momento para ello, hace depender tal cambio de nivel de su exclusiva voluntad. Se trataría sólo de una obligación aparente por ser voluntario su cumplimiento²⁰².

Dinamarca notificó al Consejo en diciembre de 1992 su decisión de no participar en la UEM en el momento previsto, notificación que sólo surtiría efectos desde la entrada en vigor del TUE el 1 de noviembre de 1993²⁰³.

b) El Protocolo nº2 anejo TCE y TUE por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y en virtud de este Protocolo, todos los actos que forman el acervo de Schengen serán inmediatamente aplicables a los Estados miembros de la UE que formen parte de Schengen y considerados, bien como actos del Título IV TCE, bien como actos del Título VI TUE.

Dado que Reino Unido e Irlanda no formaban, en principio, parte de Schengen, no estarían vinculados por este acervo ni participarían en su desarrollo, situándose en un estadio de integración inferior respecto de los otros

²⁰² Vid. *Supra*, pp. 82 y ss.

²⁰³ Sobre el Protocolo nº 12 vid. más detalladamente *Infra*, Capítulo IV, Sección 2, pp. 204 y ss.; sobre el Compromiso de Edimburgo vid., más detalladamente, *Infra*, Capítulo V, Sección 1, Epígrafe B).

Estados miembros²⁰⁴ sin que esta exclusión significara una reversibilidad de los compromisos jurídicos de esos dos Estados miembros.

Por su parte, Dinamarca sí forma parte de Schengen, aunque su desacuerdo con la profundización que significa la inclusión en el pilar comunitario de parte de ese acervo, le permite mantener sus obligaciones Schengen como si de obligaciones del Título VI TUE se tratara²⁰⁵.

c) El Protocolo nº5 anejo TCE y TUE sobre la posición de Dinamarca.

Conforme a este Protocolo, Dinamarca no participará en las medidas adoptadas bajo el nuevo Título IV TCE creado por el Tratado de Amsterdam ni estará vinculada por ellas, quedando, consecuentemente, en un nivel de integración inferior al del resto de Estados miembros que participan en su elaboración y sí están vinculadas por ellas.

La no participación de Dinamarca en el Título IV TCE significa su exclusión de la profundización que significa este Título, pero sin que sea posible ver en ello una reversibilidad de los compromisos jurídicos previamente adquiridos por ese Estado miembro, negándose a la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, sino, simplemente, un desacuerdo en relación con el mecanismo para llevarlo a cabo²⁰⁶.

²⁰⁴ El Reino Unido e Irlanda notificaron recientemente su deseo de participar en algunas de las disposiciones del acervo Schengen. El Reino Unido notificó su deseo mediante cartas al Presidente del Consejo el 20 de mayo, 9 de julio y 6 de octubre de 1999. Dicha solicitud obtuvo respuesta positiva por el Consejo en su Decisión de 29 de mayo de 2000 (DOCE L 131 de 1 de junio de 2000). Irlanda, por su parte, dirigió el 16 de junio de 2000 una solicitud al Consejo que todavía no ha obtenido respuesta; la Comisión se ha mostrado favorable a dicha participación en su dictamen previo de 14 de septiembre de 2000 (SEC(2000) 1439 final).

²⁰⁵ Sobre este Protocolo volveremos en profundidad más adelante, *Infra*, Capítulo VIII, Sección 4, Epígrafe C).

²⁰⁶ Sobre esto volveremos más adelante, *Infra*, Capítulo VIII, Sección 4, Epígrafe B).

B) Integración diferenciada en el espacio sin respetar el acervo de la Unión.

En estos casos, unos Estados miembros profundizan más que otros en la integración dada la reversibilidad ejercida sobre los compromisos jurídicos previamente adquiridos por algún Estado miembro. Este ejercicio puede realizarse en virtud de un acto unilateral consentido implícitamente por el resto de Estados miembros e instituciones, o bien en virtud de un acuerdo expreso del conjunto de los Estados miembros, que adopte incluso forma jurídica.

Esta integración diferenciada ha recibido numerosas denominaciones, todas ellas simples adaptaciones lingüísticas de un mismo modelo²⁰⁷. Las principales de ellas son: *Europe à la Carte*, *Pick-and-choose*, *Opt-out*, *Opt-down* y *Bits-and-pieces*, y *Ad Libitum (integration)*.

1) En las disposiciones de los Tratados.

Los casos de integración diferenciada en el interior de la Unión Europea que vemos a continuación se recogen en las disposiciones de los Tratados, ya sea en su propio articulado, ya sea en Protocolos anejos a ellos.

a) En el articulado de los Tratados.

i.- La PESC y la abstención constructiva.

Desde su establecimiento inicial en el TUE de 1992, la PESC se configura como un mecanismo para que la Unión afirme su identidad en el ámbito internacional (art. 2 TUE²⁰⁸). La PESC descansa sobre los principios de lealtad y solidaridad mutua entre los Estados miembros (art. 11.2 TUE²⁰⁹) y de unidad, coherencia y eficacia de acción (art. 13 TUE²¹⁰)²¹¹. La adopción de

²⁰⁷ STUBB, C.-G. *The semantic indigestion of differentiated integration...*, op. cit., p. 35.

²⁰⁸ Ex art. B.

²⁰⁹ Ex art. J.1.4

²¹⁰ Vid. ex art. J.8

decisiones en el ámbito PESC se hace siempre por unanimidad del Consejo, salvo: a) en las acciones comunes, posiciones comunes u otra decisión basada en una estrategia común o cualquier otra decisión por la que se aplique una acción común o posición común, pero siempre que no tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa (art. 23.2 TUE²¹²), en cuyo caso el acto se adopta por mayoría cualificada; b) en cuestiones de procedimiento (art. 23.3 TUE), en cuyo caso el acto se adopta por mayoría simple.

Conforme al art. 23 del actual TUE, las decisiones adoptadas por unanimidad en el ámbito PESC serán vinculantes para la Unión Europea; sin embargo, no lo serán para aquellos Estados miembros que se abstuvieron de

²¹¹ Sobre la PESC en el Tratado de Amsterdam existe abundante bibliografía. Pueden consultarse, por ejemplo: ARGENT, P. “Le Traité d’Amsterdam et les aspects militaires de la PESC”. En LEJEUNE, Y. (Coord.) *Le Traité d’Amsterdam...*, op. cit., pp. 384-404; ARROYO LARA, E. “El ámbito material de la política exterior de la Unión Europea”. En MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (Dir.). *Acción exterior de la Unión Europea y comunidad internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1998, pp. 353-381; BERMEJO GARCÍA, R. “La Política Exterior y de Seguridad Común y el Tratado de Amsterdam”. *BeuLR*. 1998, nº 3, pp. 3-19; BOIXAREU CARRERA, A.; CAPI BADIA, J.M. *El Tratado de Amsterdam*. Barcelona: Bosch, 2000, pp. 367-380; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J. “El Tratado de Amsterdam y la política exterior y de seguridad común de la Unión: Análisis crítico desde la óptica del Parlamento Europeo”. *RDCE*. 1998, nº 3, pp. 79-112; GUTIÉRREZ ESPADA, C. “El letargo de Europa (o la cooperación en asuntos de seguridad y defensa)”. En MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (Dir.). *Acción exterior de la Unión Europea...*, op. cit., pp. 113-144; KEATINGE, P. “Strengthening the Union’s International Voice and Capacity”. En TONRA, B. *Amsterdam. What the Treaty means?*. London: IEA, 1997, pp. 97-104; Id., “Security and Defence”. *Ibíd.*, pp. 107-116; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “La Política Exterior y de Seguridad Común”. En MANGAS MARTÍN, A; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 357-373; Id.: “Flexibilité et Politique Étrangère et de Sécurité Commune de l’Union Européenne”, En *Melanges en hommage à M. Maelbroeck*. Bruselas: Bruylant, 1999, pp. 1139-1159; MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. “El marco de seguridad en Europa”. En OREJA AGUIRRE, M (Dir.) y FONSECA MORILLO, F. (Coord.). *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y Comentarios*. Vol. 1. Madrid: Mc Graw Hill, 1998, pp. 713-722; REMIRO BROTONS, A. “¿Qué ha significado el Tratado de Amsterdam para la PESC” *GJCE*. 1998, nº D-29, pp.7-103; VVAA. “Una identidad exterior coherente y creíble”. En OREJA AGUIRRE, M (Dir.) y FONSECA MORILLO, F. (Coord.). *El Tratado de Amsterdam...*, op. cit., pp. 299-378, especialmente pp. 325 y ss.; WILDE D’ESTMAEL, T. “La Réforme de la politique étrangère et de sécurité commune”. En LEJEUNE, Y. (Coord.) *Le Traité d’Amsterdam...*, op. cit., pp. 365-381.

²¹² Ex art. J.3.2.

votar en la adopción de tales decisiones por cualesquiera razones siempre que:

- 1.- en el momento de su abstención hubieran formulado una Declaración formal al respecto;
- 2- el número de Estados miembros que acompaña su abstención de dicha Declaración no sea superior a un tercio de los votos ponderados conforme al art. 205 TCE (en caso contrario no se procede a la votación). En definitiva, a partir de ahora la abstención puede significar una *no vinculación*²¹³.

De acuerdo con este artículo un Estado miembro puede no participar, si así lo desea, en la elaboración concreta de una Política Exterior y de Seguridad Común en un determinado momento y con un determinado contenido, sin quedar vinculado por las decisiones que puedan adoptarse al respecto; ello, sin perjuicio de que sí sea vinculante para la UE e independientemente de cuál hubiera sido la posición de dicho Estado miembro respecto de otras decisiones análogas a aquélla respecto a la que no quiere aparecer vinculado o íntimamente relacionadas con ella, es decir independientemente de cuál fuera el acervo establecido al respecto hasta entonces. En relación con ese Estado miembro, el resto de ellos se van a situar en un nivel de integración superior dentro de la Unión Europea al poner en marcha el mecanismo PESC²¹⁴.

Si bien este artículo facilita la adopción de decisiones y consigue evitar una utilización del veto que estancaría la política exterior y de seguridad común de la Unión, no parece que esta *flexibilización* de las obligaciones de los Estados miembros favorezca los principios de unidad y coherencia de la PESC

²¹³ Vid. DASTIS QUECEDO, A. "De la Unión Europea a la Europa de las naciones: flexibilidad y cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam". En FARAMINÁN GILBERT, J.M. (Coord.) *Reflexiones en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2000, p. 218; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. "Flexibilité et Politique Étrangère...", op. cit., pp. 1143 y 1145-1146. Ajuicio de EHLERMANN, C.D. nada parece impedir que también pueda utilizarse esta abstención constructiva en la adopción de actos por mayoría cualificada ("Différentiation, flexibilité, coopération renforcée...", op. cit., p. 82).

²¹⁴ Hasta este momento no se ha utilizado el art. 23.1 TUE, y todas las decisiones en materia PESC se han adoptado por consenso.

a que se refiere el art. 13.3 TUE²¹⁵, sino más bien parece poco acorde con ellos²¹⁶.

b) En Protocolos.

i.- El Protocolo n° 11 sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte²¹⁷.

El Protocolo n°11 introducido en 1992 eximía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la obligación de pasar a la Tercera fase de la UEM en el momento previsto y también en el futuro, incluso cumpliendo con las condiciones para ello, gozando de la posibilidad de integrarse en la Tercera fase cuando lo estimara oportuno y sólo si lo estimara oportuno. Esta posibilidad, que dejaría al Reino Unido en un nivel de integración inferior al de los Estados miembros que sí se incorporan a la Tercera fase de la UEM, resultaba contraria a los compromisos jurídicos previamente contraídos por el Reino Unido en relación con la UEM, ya que de la lectura del Protocolo se desprendía una oposición al objetivo mismo de UEM que ya había sido asumido con el AUE²¹⁸.

ii.- El Protocolo n°14 sobre Política Social y el Acuerdo sobre Política social²¹⁹.

La integración diferenciada en este ámbito surgió a partir de la negativa del Reino Unido a mantener e incrementar el desarrollo de la política social en

²¹⁵ Vid. ex art. J.8.

²¹⁶ En este sentido vid. LIÑÁN NOGUERAS, D.J. En MANGAS MARTÍN, A; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho...*, op. cit., p. 266; Id.: "Flexibilité et Politique Étrangère et de Sécurité Commune ...", op. cit., pp. 1158-1159.

²¹⁷ Actual Protocolo n° 25.

²¹⁸ Sobre esto volveremos con detalle más adelante: vid., *Infra*, Capítulo IV, Sección 2, Epígrafe C), Apartado 1), letra a).

²¹⁹ Este Protocolo ha sido derogado por el Tratado de Amsterdam.

el ámbito comunitario. El resultado vendría de la mano del Protocolo sobre la política social, tras la reforma de los Tratados de 1992.

En este caso se optó por un mecanismo diferente a los otros que acabamos de ver: si antes la profundización venía establecida en el articulado del Tratado y el Estado miembro que no se incorporaba a ella venía autorizado para ello por un Protocolo, en este caso el texto del articulado del Tratado no se tocó: la profundización se produjo mediante un Protocolo que incorporaba un Acuerdo intergubernamental entre Estados miembros y del que no formaba parte (de momento) el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

En el Tratado de Roma originario se hacía referencia a “una elevación acelerada del nivel de vida” (art. 2 TCEE), única alusión que podría ser calificada de “social” en puridad. Las referencias a una política social comunitaria eran nulas por entonces, y las preocupaciones comunitarias al respecto aparecían vinculadas a la libre circulación de trabajadores y a la consecución del mercado común. Las modificaciones que introdujo el AUE en el Capítulo social se reducían a la inclusión de dos artículos, 118A y 118B²²⁰, el último de los cuales explicitaba ámbitos de armonización (salud y seguridad en el trabajo) que ya habían sido objeto de ella con anterioridad, aunque permitiendo ahora el uso de la mayoría cuando antes se hacía necesario el uso de la unanimidad. Probablemente esto fue consecuencia de la determinación de los Estados miembros a “mejorar la situación económica y social mediante la profundización de las políticas comunes y la prosecución de nuevos objetivos”²²¹.

El Tratado de la Unión Europea de 1992 supuso el mantenimiento prácticamente idéntico del Capítulo social en sentido estricto pero incorporó algunas políticas sociales como educación, formación profesional, juventud, cultura, salud pública y protección de los consumidores (arts. 126-129A

²²⁰ Actualmente los arts. 117 a 120 TCE han sido sustituidos por los arts. 136 a 143.

²²¹ Preámbulo AUE.

TCE²²²), y reforzó este Capítulo a través del Acuerdo inserto en el Protocolo previamente mencionado. Configuraba así por fin claramente una política social (art. 3i) TCE²²³) autónoma de la consecución del mercado interior con el fin de contribuir a “un alto nivel de empleo y protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida” (art. 2 TCE²²⁴). El Acuerdo relativo a la Política social quería reforzar y profundizar en la política social previamente existente; sin embargo, ese *reforzamiento a once* podía realizarse sobre ámbitos materiales que hasta entonces eran *a doce*, solapando ámbitos materiales²²⁵. Esa fue la causa de que sólo fuera un *reforzamiento aparente* que se tradujo en *opt-out* para el Reino Unido, en la posibilidad para él de ejercer una reversibilidad sobre los compromisos jurídicos previamente adquiridos en la materia²²⁶.

iii- El Protocolo nº3 anejo TCE y TUE sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido e Irlanda.

Este Protocolo, introducido por el Tratado de Amsterdam, permite a Irlanda y Reino Unido mantener los controles sobre sus fronteras para verificar el derecho de entrada en su territorio de toda persona proveniente de otro Estado miembro que se beneficie del Derecho comunitario o del Derecho relativo al Espacio Económico Europeo, o bien de cualquier otro acuerdo internacional que le vincule en ese momento o pueda vincular en el futuro a Reino Unido o Irlanda al respecto; en definitiva, se trata de mantener los controles en las fronteras exteriores.

²²² Actuales art. 149 a 155, con las modificaciones pertinentes.

²²³ Actual art. 3 tras su modificación.

²²⁴ Actual art. 2 tras su modificación.

²²⁵ Con la adhesión de Austria, Suecia y Finlandia se convirtió en un *Acuerdo a catorce*.

²²⁶ Sobre esto volveremos posteriormente. Vid. *Infra*, Capítulo IV, Sección 2, Epígrafe C), Punto 1), Apartado a).

Ahora bien: lo que aparentemente podría ser una simple negativa a la profundización que significaba la inclusión en el pilar comunitario de un Título relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, resulta ser un rechazo expreso a cualesquiera disposiciones adoptadas en virtud del art. 14 TCE, de cualquier otra disposición TCE o TUE, su desarrollo, o cualquier acuerdo internacional celebrado por la Comunidad y sus Estados miembros; este rechazo se traduce en una reversibilidad, para este Estado miembro, de los compromisos jurídicos previamente contraídos en relación con la libre circulación de personas y el mercado interior y, de forma específica, en una derogación del art. 14 TCE²²⁷.

Irlanda, por su parte, subordina la desaparición de sus controles en las fronteras exteriores a la desaparición de la *Common Travel Area* que mantiene con el Reino Unido, subordinando el Derecho comunitario a los acuerdos suscritos por ella con otro Estado miembro²²⁸.

iv.- El Protocolo nº4 anejo TCE y TUE sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda en relación con el Título IV TCE en materia de visados, asilo e inmigración.

Este Protocolo, que debe ser leído junto con el anterior, evidencia una reversibilidad de los compromisos jurídicos adquiridos no sólo ya para Reino Unido, sino también para Irlanda, en cuanto que estos Estados miembros, ajenos al Título IV TCE, permanecen excluidos de la participación en la elaboración de la lista de terceros países cuyos nacionales tienen la obligación de estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, así como en las medidas relativas a un modelo uniforme de visado,

²²⁷ Ex art. 7A, también TCEE.

²²⁸ Sobre este Protocolo volveremos posteriormente. Vid. *Infra*, Capítulo VIII, Sección 4, Epígrafe A), Punto 1).

y no están vinculados por tales medidas, cuando con anterioridad ocurría lo contrario en virtud del art. 100C TCE²²⁹.

2) No recogida en las disposiciones de los Tratados.

A continuación vamos a ver cómo los Estados miembros han creado excepciones a las obligaciones dimanantes del Tratado de la Unión Europea, concretamente al adoptado en 1992, que éste no había previsto y que no eran justificables sobre su base, pero que sólo en algunos casos han desencadenado efectos no deseados y contrarios al Derecho de la Unión Europea: en unos casos se ha hecho mediante actos unilaterales de un Estado miembro, consentidos implícitamente por el resto de Estados miembros y las instituciones comunitarias; en otros casos se ha hecho por medio de *acuerdos políticos* de todos los Estados miembros manifestando un consentimiento expreso a la actitud futura y contraria al Derecho de la Unión Europea, por parte de un Estado miembro.

a) Los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y el Derecho comunitario.

El Derecho comunitario vincula a la totalidad de los órganos de los Estados miembros, incluidos los Tribunales constitucionales cuya misión específica no es garantizar el Derecho comunitario sino el respeto de su Constitución²³⁰.

La reticencia de los Tribunales constitucionales de los Estados miembros a aplicar el Derecho comunitario en caso de que fuera contrario a su Constitución ha generado serias amenazas sobre el ordenamiento jurídico

²²⁹ Este artículo está actualmente derogado. Sobre este Protocolo volveremos posteriormente con detalle. Vid. *Infra*, Capítulo VIII, Sección 4, Epígrafe A), Punto 2).

²³⁰ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. "Tribunales constitucionales y Derecho comunitario". En PÉREZ GONZÁLEZ, M.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (et ali.). *Hacia un nuevo orden...*, op. cit., p. 1197.

comunitario aunque comprensibles desde el punto de vista estrictamente constitucional; es decir, "...el fundamento constitucional de que cada Estado dispone para la atribución de competencias a la Comunidad Europea debe permitir asumir sin reservas las consecuencias necesariamente vinculadas a tal atribución y, donde existe un Tribunal Constitucional, recae sobre éste la responsabilidad de interpretar dicho fundamento constitucional en un sentido que no resulte excesivamente rígido. Es claro, sin embargo, que por flexible que sea la interpretación de los preceptos que constituyen el fundamento constitucional para la atribución de competencias a la Comunidad, tal interpretación no puede conducir al resultado de legitimar la infracción de los principios constitucionales fundamentales"²³¹.

Ha habido dos manifestaciones de Tribunales constitucionales de Estados miembros muy significativas al respecto de los conflictos entre Derecho comunitario y Derecho constitucional:

- Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993²³².

En los Recursos 2 B v R 2134/92 y B v R 2159/92 contra la Ley de 28 de diciembre de 1992 sobre el TUE de 7 de febrero de 1992, presentados ante

²³¹ *Ibíd*, p. 1200.

²³² La Sentencia puede leerse en español en *RIE*, 1993, nº3, vol. 20, pp. 975-1030. La doctrina ha elaborado numerosos trabajos sobre este caso; citamos aquí sólo algunos: BACIGALUPO, M. "La constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea en Alemania (la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)". *GJCE*, 1994, nº21, Serie D, pp. 4-47; CARRILLO SALCEDO, J. A. "La noción de supranacionalidad en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, de 12 de octubre de 1993". *Cuestiones Actuales de Derecho Comunitario Europeo II*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1993, pp. 65-76; EVERLING, U. "The Maastricht Judgment of the German Federal Constitutional Court and its Significance for the development of the European Union". *Yearbook of European Law*. 1994, pp. 1-19; HERDEGEN, M. "Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional restraints for an "ever closer union". *CMLR*. 1994, nº2, vol. 31, pp. 235-262; LÓPEZ CASTILLO, A. "De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la ley fundamental alemana". *Revista Española de Derecho constitucional*. 1994, nº40, pp. 207-240; STEIN, T. "La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht". *RIE*, 1994, nº3, vol. 21, pp. 745-767; WEILER, J. H. H. "The State <<über alles>>. Demos, Telos and the German Maastricht Decision". *European University Institute working paper*. 1995, nº 19, 52 pp.

el Tribunal Constitucional alemán, los recurrentes alegaban, en lo que a nosotros nos interesa, que se vulneraba el art. 38 de la Ley Fundamental Alemana que garantizaba a cada ciudadano un derecho a participar en el ejercicio de la soberanía estatal²³³. La razón aducida era que, en su opinión, el TUE traspasaba las competencias esenciales de la Dieta Federal a las Comunidades Europeas y concedía, en virtud de su art. F.3²³⁴, una *competencia sobre la competencia* a la Unión, de modo que ésta podría atribuirse competencias a voluntad; así, la soberanía dejaría de ser ejercida en Alemania por los representantes elegidos por el pueblo alemán.

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional alemán, “el Tratado de la Unión hace suyo y refuerza el principio de atribución limitada de competencias que ya tenía validez antes en las Comunidades Europeas” en cuanto que la Comunidad sólo actuaría dentro de las competencias que le hubieran sido otorgadas por el Tratado²³⁵, y el art. F.3 “enuncia simplemente la intención programática de que los Estados miembros -que forman la Unión- dotarán de los medios suficientes a la Unión según los procedimientos necesarios en cada caso”²³⁶.

El Tribunal Constitucional alemán dejaba clara la existencia de una atribución limitada de competencias a la Comunidad. Ahora bien: el Tribunal, muy precavido *por lo que pudiera ocurrir*, aprovechó la oportunidad para añadir que “si cualesquiera órganos europeos interpretasen y aplicasen el art. F,

²³³ El art. 38 de la Ley Fundamental Alemana rezaba (y reza) lo siguiente: “(1) Los diputados de la Dieta Federal Alemana serán elegidos por sufragio universal directo, libre, igual y secreto. Representan al pueblo entero, no estarán vinculados por mandatos ni instrucciones y sólo estarán sujetos a su conciencia. (2) Tendrán derecho a votar quienes hayan cumplido dieciocho años de edad y serán elegibles quienes tuvieren la edad en que esté fijada la mayoría de edad legal. (3) Se establecerán por una Ley Federal las normas de desarrollo”. (El texto completo de la Constitución alemana puede leerse en español en RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M. (Eds.) *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 1997, pp. 3-42).

²³⁴ Actual art. 6.4 tras su modificación.

²³⁵ Fundamento C II, 2 a)

²³⁶ Fundamento C II, 2, b)

aptdo. 3 TUE en sentido contrario al de ese contenido del Tratado que hallara cabida en la Ley alemana de Ratificación, tal actuación no estaría amparada por esta Ley, resultando, pues, no vinculante jurídicamente en el interior del Estado miembro alemán. Los órganos del Estado alemán habrían de negarse a acatar los posibles actos jurídicos que se basasen en tal aplicación del art. F, aptdo. 3 TUE”²³⁷; el Tribunal Constitucional afirmó que en la interpretación de las normas atributivas de competencias a la Comunidad, los órganos e instituciones comunitarias deberían observar la diferencia entre la asunción de una atribución competencial limitada y la reforma del Tratado para el cumplimiento de los objetivos de los Tratados, pues de no respetar los límites de soberanía cedidos, en este caso por Alemania, “tal interpretación de la norma de soberanía no surtirá efecto vinculante para Alemania”²³⁸.

- Sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 6 de abril de 1998²³⁹.

En esta Sentencia, el Tribunal Supremo danés estudió la inconstitucionalidad o no de la ratificación del Tratado de Maastricht a partir de la redacción del art. 20 de la Constitución de este Estado miembro que establecía la posibilidad de atribuir ciertas competencias internas a autoridades internacionales²⁴⁰.

A juicio de los demandantes, los métodos de interpretación del ordenamiento jurídico comunitario utilizados por el TJCE eran contrarios a este

²³⁷ Fundamento C II, 2, b).

²³⁸ Fundamento C II, 3 b)

²³⁹ El Fallo de la Sentencia es traducido por DYRBERG, P., “La constitución danesa y la Unión Europea II (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998)”. *RDCE*, 1998, nº 4, pp. 578-586. Para otro comentario sobre esta sentencia, vid. DUE, O. “The danish ratification of the Maastricht Treaty before the Danish Supreme Court”. En *Mélanges en hommage à M. Maelbroeck...*, op. cit., pp. 313-331.

²⁴⁰ La Constitución de Dinamarca en su art. 20 decía (y dice) lo siguiente: “1. Las atribuciones de que están investidas las autoridades del Reino conforme a la presente Constitución podrán ser delegadas por una ley, y en los términos que ésta disponga, a determinadas autoridades internacionales creadas en virtud de un convenio adoptado por acuerdo recíproco con otros Estados con vistas a promover la cooperación y el orden jurídico internacionales”. (El texto completo de la Constitución de Dinamarca puede leerse en español en RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M. (Eds.) *Constituciones de los Estados...*, op. cit., pp. 141-151)

art. 20 en cuanto que ejercía una función de creador del Derecho que llevaba a una continua ampliación del ámbito de aplicación del Tratado.

El Tribunal Supremo Danés reconoció que el art. 20 de la Constitución no permitía otorgar poderes a una organización internacional, la Comunidad en este caso, para adoptar actos jurídicos o decisiones contrarias a aquélla²⁴¹ y que, al mismo tiempo, los Tribunales de Dinamarca no podrían dejar de aplicar en su Estado actos reconocidos como válidos por el TJCE²⁴².

Ahora bien: para este Tribunal Supremo el requisito de especificidad del art. 20 de la Constitución danesa significaba que los Tribunales daneses no podían ser desprovistos de su derecho a juzgar por sí mismos si los actos de la Comunidad iban más allá de los poderes conferidos a la propia Comunidad, lo que les haría contrarios a su Constitución. Es decir, aunque el TJCE mantuviera como válido un acto, los Tribunales daneses podrían inaplicar este acto: “....el Tribunal Supremo estima que el requisito de determinación, junto con la facultad de los tribunales daneses de controlar la constitucionalidad de las leyes, implica que no se les puede retirar la facultad de examinar si un acto jurídico comunitario sobrepasa los límites de la cesión de soberanía realizada por la ley de adhesión. Por lo tanto, los tribunales daneses tendrán que considerar inaplicable en Dinamarca un acto jurídico comunitario en caso de que surgiera la situación extraordinaria en que pudiera afirmarse con la certeza debida que un acto jurídico comunitario, cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal de Justicia, reposa en una aplicación del Tratado que sobrepasa la cesión de soberanía realizada por la ley de adhesión. Esto es igualmente aplicable a las reglas y principios de derecho que dimanen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”²⁴³.

De estas dos Sentencias se deduce que:

²⁴¹ Fundamento 9.2.

²⁴² Fundamento 9.6.

²⁴³ Fundamento 9.6.

1.- Estos Tribunales constitucionales se reservan la facultad, derivada de la Constitución, de interpretar el Derecho comunitario determinando si un acto comunitario responde o no a los poderes conferidos por el Tratado, en cuyo caso sería inconstitucional y no aplicable en estos Estados miembros. Se reservan, en definitiva, la facultad de apreciar la validez del Derecho comunitario e impedir su aplicación²⁴⁴. El ejercicio por los Tribunales constitucionales nacionales de esta interpretación es contrario a la competencia exclusiva del TJCE para garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado (art. 220 TCE²⁴⁵). Conforme a ellos, los Tribunales nacionales también serían los encargados de determinar si los actos de las instituciones comunitarias excederían o no de los poderes conferidos a ellas para su adopción, a lo que se refiere el actual art. 7 TCE²⁴⁶; si estimaran que las instituciones se excedieron en ello, el acto sería inaplicable en estos Estados miembros de modo que su competencia se superpondría a la competencia del TJCE.

2.-En definitiva, la aplicación del Derecho comunitario en estos Estados miembros queda subordinada (sólo en caso de plantearse el conflicto constitucional) a lo que dicte un órgano interno de tales Estados miembros.

3.- La aplicación de estas Sentencias quebraría la unidad y homogeneidad del Derecho comunitario, pues dependiendo del Estado miembro en el que nos encontremos podrá o no ser aplicable un determinado acto comunitario, de modo que se quiebra la aplicación uniforme del Derecho comunitario y, en definitiva, la construcción de este Derecho²⁴⁷.

²⁴⁴ En este sentido vid. CAVERO LATAILLADE, I. "El significado del Tratado de Maastricht". En OREJA AGUIRRE, M (Dir.) y FONSECA MORILLO, F. (Coord.). *El Tratado de Amsterdam*, ... op. cit., Epígrafe 1.3.2, p. 43.

²⁴⁵ Ex art. 164, también TCEE.

²⁴⁶ Ex art. 4, también TCEE.

²⁴⁷ BACIGALUPO, M. "La constitucionalidad del Tratado...", op. cit., p. 40.

La práctica de la letra de estas Sentencias generaría un incumplimiento unilateral de Derecho comunitario por parte esos Estados miembros²⁴⁸. Esto significaría una reversibilidad de los compromisos jurídicos previamente adquiridos relativos a la competencia exclusiva del TJCE para garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado comunitario²⁴⁹.

b) Alemania, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993 y la Unión Económica y Monetaria²⁵⁰.

En sesión celebrada el 2 de diciembre de 1992 (antes de la ratificación por Alemania del Tratado de la Unión Europea²⁵¹), la Dieta Federal alemana

²⁴⁸ A juicio de CAVERO LATAILLADE, I., este tipo de sentencia reconoce “un enorme poder de veto al juez constitucional sobre el proceso de integración, al tiempo que pone en cuestión dos principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario, cuales son el efecto directo y la primacía, tanto del derecho originario como derivado o secundario”. (“El significado del Tratado..., op. cit., p. 43).

²⁴⁹ La solución a este tipo de conflictos podría venir apuntada por lo que dice el Prof. Rodríguez Iglesias: a) reducir el conflicto a la sola contradicción entre las normas comunitarias y los principios constitucionales fundamentales; b) que el TJCE interprete el Derecho comunitario de acuerdo con estos principios constitucionales, comunes a los Estados miembros y, en consecuencia, principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros (“Tribunales constitucionales..., op. cit., p. 1200). Sobre las relaciones entre Constituciones nacionales y Derecho comunitario existe una vasta literatura doctrinal; entre otros pueden verse: DARMON, M. “Jurisdictions constitutionnelles et droit communautaire”. *RTDE*. 1988, nº 2, pp. 217-251; FROMONT, M. “Le droit constitutionnel national et l’intégration européenne”. *RAE*. 1997, pp. 191-208; KOVAR, R. “Relaciones entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales” En *Treinta años de Derecho comunitario*. Bruselas: OPOCE, 1984, p. 115-159; MANGAS MARTÍN, A. *Derecho comunitario Europeo y Derecho español*. Madrid: Tecnos, 1987, 319 pp., especialmente pp. 41-165; Id., “Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. En RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *El Derecho Comunitario Europeo...*, op. cit., pp. 55-96; Id., “La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario”. *RIE*, 1991, nº2, vol. 18, pp. 587-623; SCHERMERS, H. “The scales in balance: National constitutional Court v. Court of Justice”. *CMLR*, 1990, vol. 27, pp. 97-105; TEMPLE LANG, J. “The Duties of national Courts under Community Constitutional Law”. *ELR*. 1997, nº22, vol. 1, pp. 3-18; WOUTERS, J. “National constitutions and the Europea Union”. *LIEI*. 2000, nº 1, vol. 27, pp. 25-91.

²⁵⁰ La Sentencia puede leerse en español en *RIE*, op. cit. nota al pie nº 232.

²⁵¹ La ratificación de Alemania se produjo el 18 de diciembre de 1992.

aprobó una resolución relativa a la unión económica y monetaria: "...3.-...La Dieta Federal alemana se opondrá a cualquier intento de debilitar los criterios de estabilidad acordados en Maastricht. Velará por que el paso a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria se atenga *estrictamente* a estos criterios. El paso a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria *requerirá* también una valoración por parte de la Dieta Federal. Consiguientemente, para emitir su voto en las decisiones del Consejo, el Gobierno Federal, según el art. 109J, pár. 3 y 4 del Tratado de la Unión Europea, precisa la votación afirmativa de la Dieta Federal (...) 4.- La Dieta Federal invita al Gobierno Federal a hacer una declaración asegurando que respetará esta votación de la Dieta Federal (...)”²⁵².

El 28 de diciembre de 1992, el Consejo Federal adoptó una resolución del mismo tenor²⁵³.

El Tribunal Constitucional Alemán en Sentencia de 12 de octubre de 1993 sobre los Recursos 2 B v R 2134/92 y B v R 2159/92 contra la Ley de 28 de diciembre de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, se pronunció en estos términos: “Al ratificar el Tratado de la Unión, viene a resultar que *la República Federal de Alemania no se somete, pues, a un <<automatismo>>* hacia la Unión Monetaria de índole inabarcable y cuya marcha propia ya no se puede gobernar. El Tratado inaugura el camino hacia una futura integración gradual de la comunidad jurídica europea, camino en el que cada paso sucesivo *dependerá* de supuestos previsibles en cada momento para el Parlamento, o bien de una nueva aprobación -en la cual cabrá la influencia parlamentaria- por parte del gobierno federal”²⁵⁴.

De esta manera, y según el Tribunal Constitucional Alemán, Alemania no se incorporaría de modo automático a la UEM aunque cumpliera los criterios objetivos establecidos para ello por el Tratado de la Unión Europea; dependería de las condiciones que estableciera el Parlamento o de la futura

²⁵² Fdto. A, 3 de la Sentencia. La cursiva es nuestra.

²⁵³ El extracto de interés puede leerse en el Fdto. A, 3 de la Sentencia.

²⁵⁴ Fdto. C.I.d.2), 5. La cursiva es nuestra.

aprobación del Gobierno federal alemán, sobre lo que podría pronunciarse el Parlamento y, en consecuencia, la fecha del 1 de enero de 1999 no resultaba jurídicamente vinculante. Así, el Bundestag alemán se estaba reservando al margen de todo Protocolo particular (como los del Reino Unido y Dinamarca), una decisión propia sobre el paso o no de Alemania a la Tercera fase de la UEM.

Como ya hemos dicho en otro momento de este Trabajo, no hay duda alguna de que, de acuerdo con el texto del Tratado de la Unión Europea, el paso a la Tercera fase de la UEM resultaba automático una vez cumplidos los criterios objetivos para ello. La ratificación del Tratado significaba para los Estados miembros (a excepción de Reino Unido y Dinamarca) el compromiso jurídico de llevar a cabo todo el proceso de UEM. Esto conllevaba la realización de la transferencia de competencias que operaba desde la ratificación del Tratado y su entrada en vigor, y su efectividad cuando llegara el momento para ello cumplidas las condiciones de convergencia. Sin embargo, el TC alemán, órgano interno de un Estado miembro, subordinaba la entrada de Alemania en la Tercera fase de la UEM a la decisión favorable, posterior a la ratificación del Tratado, de un órgano interno de ese Estado.

Esto significaba en la práctica que Alemania, cumpliendo los criterios objetivos de convergencia, hubiera podido no entrar en la Tercera fase de la UEM con base en una Decisión unilateral propia. Dicha Decisión unilateral se habría producido después de haber ratificado el Tratado de la Unión Europea, cuya letra al respecto no ofrece duda alguna sobre el automatismo de la Tercera fase de la UEM, sin que se hubiera introducido cláusula alguna exonerante de esa obligación.

En caso de materializarse la posibilidad establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, con un resultado negativo sobre la entrada en la Tercera fase, se habría producido un acto unilateral de incumplimiento de los compromisos previamente adquiridos por Alemania, una reversibilidad no autorizada por el Tratado del compromiso jurídico relativo a la efectividad

automática de la transferencia de competencias que había de producirse a la llegada de un plazo cumpliendo ciertas condiciones objetivas, y que tenía su origen en la ratificación del Tratado de la Unión Europea. En este caso, se habría puesto en práctica un *opt-out*.

Antes de dar lugar a esta posibilidad, el Tribunal Constitucional alemán podría haber declarado la inconstitucionalidad del Tratado y modificar la Ley Fundamental de Bonn, o podría haberse insertado una disposición en el Tratado subordinando el paso a la Tercera fase a la adopción por los Estados miembros de una resolución a favor de la entrada de su Estado, con arreglo a sus respectivas normas constitucionales; en este último caso ya no podría hablarse de *automatismo*.

c) Dinamarca y el Compromiso de Edimburgo.

Después de la firma del Tratado de la Unión Europea de 1992, pero antes de su ratificación por Dinamarca²⁵⁵, el Gobierno danés, ante la negativa de sus ciudadanos al Tratado de la Unión Europea manifestada en referéndum el 2 de junio de 1992, propuso un *compromiso* entre los otros once Estados miembros y Dinamarca en diferentes cuestiones de aplicación del Tratado. Este *compromiso* se adoptó durante la Reunión del Consejo Europeo celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1992 en Edimburgo y se incluyó como parte B de las Conclusiones de la Presidencia, con el título “Dinamarca y el Tratado de la Unión Europea”²⁵⁶. Este *compromiso* se componía de tres textos:

- Una Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea en los ámbitos de ciudadanía, unión económica y monetaria, política de defensa, y justicia y asuntos de interior.

²⁵⁵ La ratificación de Dinamarca se produjo el 18 de mayo de 1993.

²⁵⁶ El texto puede verse en Bol. CE 12-1992, pp. 25-28.

- Dos Declaraciones del Consejo Europeo. La primera referida a política social, del consumidor, medio ambiente y distribución de la renta; la segunda relativa a defensa.

- Dos Declaraciones unilaterales de Dinamarca. La primera relativa a la ciudadanía de la Unión; la segunda referida a los ámbitos de justicia e interior.

- Una Declaración final.

El *Compromiso* de Edimburgo muestra cómo un Estado miembro, en este caso Dinamarca, pretendía practicar un *opt-out*, una reversibilidad sobre los compromisos jurídicos previamente existentes, sin apoyo jurídico alguno. De aplicarse, esto se traduciría en un incumplimiento por tal Estado miembro del Tratado de la Unión Europea, consentido en este caso por el resto de Estados miembros y las instituciones comunitarias.

i.- La ciudadanía de la Unión.

En esta ocasión, la integración diferenciada vendría introducida a partir de la puesta en marcha del contenido de la Declaración sobre la ciudadanía de la Unión del anexo 3º a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992. Tal anexo tenía el título siguiente: “Declaraciones unilaterales de Dinamarca que deberán relacionarse con el acta danesa de ratificación del Tratado de la Unión Europea y de las que tendrán conocimiento los once Estados miembros restantes”.

La ciudadanía de la Unión introducida por el TUE de 1992 creaba un vínculo jurídico entre los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y ésta. En el TCE de 1992 aparecían establecidos determinados contenidos de esta “ciudadanía de la Unión” que no eran cerrados sino abiertos, concebidos como incipientes, y recogiendo expresamente la posibilidad de

adoptar “disposiciones encaminadas a completar los derechos previstos en la presente parte” -Parte II- que serían adoptadas por los Estados miembros de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales (art.8E TCE²⁵⁷)²⁵⁸.

La Declaración unilateral danesa merece al respecto dos comentarios:

1.- Conforme a ella, Dinamarca asumía los compromisos de la ciudadanía no como contenido inherente al Tratado por el que se obligaba, sino como contenido que asumía voluntariamente. Así parece desprenderse de la redacción del punto 3º de la Declaración unilateral de Dinamarca cuando decía que “Todo nacional de los restantes Estados miembros de la Comunidad Europea tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales de Dinamarca *tal y como se dispone en el art. 8B del Tratado de la Comunidad Europea*”, para añadir a continuación que “Dinamarca *tiene la intención* de incorporar la legislación que garantiza a todo nacional de los demás Estados miembros el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo, con la suficiente antelación para las próximas elecciones de 1994”²⁵⁹.

²⁵⁷ Actual art. 22.

²⁵⁸ Sobre la ciudadanía de la Unión, existe abundante bibliografía; a título de ejemplo, citamos aquí sólo algunos trabajos que pueden ser objeto de consulta: BLÁZQUEZ PEINADO, M.D. *La ciudadanía de la Unión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, 405 pp; DONY, M. “La citoyenneté européenne après Amsterdam”. En LEJEUNE, J (Dir.). *Le Traité D’Amsterdam. Espoirs et déceptions*. Bruylant: Bruxelles, 1999, pp. 148-152; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”. *GJCE*. 1997, nº D-17, pp. 63-99; Id., “Ciudadanía de la Unión Europea”. En RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *El Derecho Comunitario Europeo...*, op. cit., pp. 271-295; MANGAS MARTÍN, A. “La ciudadanía de la Unión Europea”. En *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea. Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992 en la Universidad Carlos III de Madrid*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1993, p. 15-94; Id., “Ciudadanía de la Unión y su Estatuto”. En *instituciones y Derecho...*, op. cit., pp. 307-322; MATTERA, A. “<<Civis europaens sum>>. Citoyenneté européenne, droit de circulation et de séjour, applicabilité directe de l’article 8A du Traité CE”. *RMUE*. 1998, nº3, pp. 5-28; PÉREZ GONZÁLEZ, M. “La ciudadanía de la Unión. Un estatuto evolutivo”. En MARÍÑO MENÉNDEZ, F.M. (Ed.) *El Tratado de la Unión Europea. Análisis jurídico*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 75-100; PÉREZ VERA, E. “La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”. En PÉREZ GONZÁLEZ, M.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (et ali.). *Hacia un nuevo orden internacional...*, op. cit., pp. 1123-1147; STEPHANOU, C. A. “Identité et citoyenneté européenne”. *RMUE*. 1991, nº 343, pp. 30-39; WEILER, J. “Les droits des citoyens européens”. *RMUE*. 1996, nº3, pp. 35-64.

²⁵⁹ La cursiva es nuestra.

Es decir, de esto se desprende que Dinamarca no garantizaría estos derechos mencionados como consecuencia del Derecho comunitario originario que asumía al ratificar el Tratado y entrada en vigor de éste, sino que lo hacía como acto de buena fe, de buena voluntad.²⁶⁰

2.- Por otro lado, Dinamarca se encargaba claramente de establecer limitaciones a los futuros desarrollos de la *ciudadanía de la Unión* lo que parecía oponerse a los objetivos de construcción de una ciudadanía del entonces art. 8E TCE, que no limitaba para nada esta construcción, frustrando el objeto del Tratado en relación con las obligaciones existentes al respecto:

a) en primer lugar, se negaba a aceptar futuros desarrollos que pudieran acarrear una equiparación entre ciudadanía de la Unión y ciudadanía de un Estado (punto 1 de la Declaración).

b) en segundo lugar, volvía a reiterarse sobre esta idea cuando parecía negarse a conferir derechos a los ciudadanos de la Unión que fueran inherentes a los nacionales daneses, salvo que se tratara de "*derechos específicos expresamente estipulados en el Tratado, y aplicables a los nacionales de los Estados miembros*" (punto 2 de la Declaración)²⁶¹, y siempre respetando el acervo comunitario anterior que, si bien no se mencionaba, se da por supuesto. Las limitaciones eran ante futuras ampliaciones de lo establecido, no respecto de lo ya establecido.

c) en tercer lugar Dinamarca, refiriéndose en particular a los derechos del entonces art. 8B TCE²⁶² (sufragio activo y pasivo de los nacionales de los Estados miembros en las elecciones municipales y las elecciones al Parlamento Europeo), decía que "no tiene intención de aceptar que las disposiciones detalladas de los apdos. 1 y 2 de dicho artículo puedan conducir a normas que mermen los derechos ya otorgados en Dinamarca en la materia" (punto nº3 de la Declaración).

²⁶⁰ Vid. en este sentido MANGAS MARTÍN, A. "Dinamarca...", op. cit., pp. 2-3.

²⁶¹ La cursiva es nuestra.

²⁶² Actual art. 19.

En definitiva, Dinamarca no parecía querer integrarse en nivel de igualdad con el resto de Estados miembros en este ámbito. De aplicarse este texto tal y como hemos dicho, significaría el ejercicio por Dinamarca de un opt-out.

ii.- La Política de Defensa.

Como ya hemos dicho con anterioridad, no existía (ni existe) ninguna obligación por parte de los Estados miembros de la UE que no lo eran de la UEO, de adherirse a ella. Dinamarca no forma parte del grupo de Estados miembros de pleno derecho de la UEO sino que ostenta el estatuto de observador.

La UEO, como parte integrante de la UE, sería la encargada de elaborar y poner en práctica las decisiones y acciones de la Unión que tuvieran repercusiones en el ámbito de la defensa sobre la base de las modalidades prácticas adoptadas al respecto por el Consejo de la Unión y las instituciones de la UEO (art. J.4.2 TUE²⁶³).

En la Sección C del anexo 1 a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo, la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo establecía que Dinamarca no participaría en la elaboración y aplicación de las decisiones y acciones de la Unión que tuvieran repercusiones en el ámbito de la Defensa. De este texto no podría desprenderse una contradicción con la letra del TUE y un problema jurídico si consideramos que la no participación de Dinamarca se está refiriendo, en este caso, no a las decisiones en las que pudiera participar Dinamarca en el seno del Consejo de la Unión cuando tales decisiones tuvieran repercusiones en el ámbito de la defensa, sino a su aplicación que, tal y como

²⁶³ Actuales arts. 17.1 y 3. El Tratado de Niza ha suprimido el segundo párrafo del apartado 1 del art. 17 relativo a la UEO, así como las referencias a ella que figuran en el apartado 3 del mismo artículo.

establecía el art. J.4.2 TUE, correspondía a la UEO, parte integrante de la UE pero de la que Dinamarca no era miembro de pleno de derecho sino sólo observador; por eso escapaba a su condición la participación en las decisiones de la UEO al respecto.

Sin embargo, la realidad parece ser muy distinta cuando añadimos a este texto las Declaraciones del Consejo Europeo relativas a Defensa (anexo 2 a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo): “El Consejo Europeo toma nota de que Dinamarca renunciará a su derecho a ejercer la Presidencia de la Unión cuando haya que establecer y aplicar decisiones y medidas en el ámbito de la defensa”. En esta ocasión no se trataba ya de la participación de Dinamarca en las decisiones de la UEO, sino en las de la propia Unión, en los casos en que ésta adoptara decisiones, fueran o no a ser ejecutadas por la UEO, que tuvieran *repercusiones* en el ámbito de la defensa.

Es decir, Dinamarca no sólo no participaría en la aplicación de las Decisiones de la Unión que tuvieran repercusiones en el ámbito de la defensa y fueran a ser ejecutadas por la UEO, como resultaba lógico y obligado por no ser miembro de esta organización, sino que Dinamarca no participaría en la toma de decisiones dentro del propio Consejo de la Unión, cuando las decisiones pudieran tener repercusiones en el ámbito de la defensa renunciando, además, a ejercer la Presidencia en estos casos. Esto significaba, no sólo una alteración del marco institucional único de la Unión²⁶⁴, sino una desvinculación de Dinamarca con los objetivos de la PESC²⁶⁵. Este texto, de aplicarse, implicaría el ejercicio de un opt-out por Dinamarca²⁶⁶.

²⁶⁴ Considerando que el texto del Tratado en materia PESC no prohíbe esta alteración institucional puesto que se trata de una simple consecuencia del estatuto de observador de Dinamarca en la UEO, MANIN, Ph. “Les aspects juridiques...”, op. cit., p. 20.

²⁶⁵ MANGAS MARTÍN, A. “Dinamarca...”, op. cit., p. 4. Considerando que no se produce tal incompatibilidad entre el compromiso de Edimburgo y el Tratado en esta materia, vid. SACCOMANDO, V.C. “Maastricht Treaty’s opt-out provisions for Denmark keep EC intact”. *Boston College International and Comparative Law Review*. 1994, nº1, p. 230.

²⁶⁶ En los ámbitos UEM y en Asuntos de Justicia e Interior no parece posible desprender ninguna contradicción con la letra del Tratado. En *Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior*, debemos nuevamente referirnos a la Declaración unilateral danesa: de su redacción

d) Suecia y la Unión Económica y Monetaria.

Suecia se incorporó como miembro de pleno derecho a la Unión Europea el 1 de enero de 1995²⁶⁷. Al hacerlo se comprometía a acatar la totalidad del acervo de la Unión previamente existente, y aquel acervo que no fuera de la Unión en sentido estricto, como el de la UEM, sin solicitar u obtener derogación o excepción alguna comparable a las de Reino Unido o Dinamarca en ningún ámbito²⁶⁸. Aceptaba así, por completo, las disposiciones sobre la

en esta materia parecía desprenderse que la adopción de una determinada normativa de acuerdo al art. 100C TCE (actualmente derogado) estaba subordinada a la votación positiva en el Consejo que exigía el antiguo art. K.9 TUE (y que era la pasarela destinada a la comunitarización) de *todos* los Estados miembros, descartando la posible abstención en ello; esto significaba pretender una modificación de las reglas de adopción de decisiones que regían en el Consejo, ya que el entonces art. 148.3 TCE (actual art. 205 TCE) decía que las abstenciones no impedían la unanimidad. Por otro lado, no parece desprenderse de Dinamarca, al menos expresamente, una negativa a la comunitarización de determinados ámbitos de Justicia e Interior tal y como ocurría en materia de ciudadanía, donde establecía límites a la ampliación de ese estatuto. Por eso opinamos que esta Declaración unilateral únicamente querría, a este respecto, dejar constancia de nuevo de que cualquier transferencia de competencias exigía un procedimiento determinado en el interior de este Estado miembro (mayoría de 5/6 del Folketing o mayoría del Folketing más referéndum con resultado positivo (vid. art. 20.2 de la Constitución de Dinamarca traducido a español en RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M. (Eds.) *Constituciones de los Estados...* op. cit.)), pero sin que de ello pudiera desprenderse una negativa absoluta a cualquier comunitarización, destinada a su obstrucción e impedir su objeto y fin (en este sentido parecen CURTIN, D. y VAN OOIK, R. "Denmark and the Edimburgh Summit: Maastricht without tears" En O'KEEFFE, D; TWOMEY, P. (Eds.). *Legal Issues of the Maastricht Treaty*. London, New York, Chichester, Brisbane, Toronto, Singapore: Wiley Chancery Law, 1994, p. 363): el texto de la Declaración unilateral en materia de ciudadanía y en materia de Justicia e Interior, no serían comparables (en sentido contrario vid. MANGAS MARTÍN, A. "Dinamarca...", op. cit., p. 4). De la letra del Tratado de la Unión Europea de 1992 no se podía derivar necesariamente una obligación inherente a comunitarizar ámbitos de los pilares intergubernamentales, sino que se trataba de una posibilidad, aunque sí sería contrario al Tratado haber manifestado una actitud negativa ante cualquier comunitarización o ciertas de ellas, puesto que negaría la consecución del art. K.9 TUE. En el ámbito de la UEM, el compromiso de Dinamarca simplemente confirmaba lo que con aparecía en el Protocolo nº 12 anejo al Tratado (vid. sobre esto *Infra*, Capítulo V, Sección 1, Epígrafe B).

²⁶⁷ Vid. Tratado de Adhesión de 24 de junio de 1994 (DOCE C 241 de 29 de agosto de 1994) y Decisión nº 1 del Consejo de la Unión Europea, de 1 de enero por la que se adaptan los instrumentos relativos a la adhesión de los nuevos Estados a la Unión Europea (DOCE L 1..., cit.).

²⁶⁸ Sobre la naturaleza de este acervo hablaremos más adelante al referirnos a la adhesión *a posteriori* a la integración diferenciada. Vid. *Infra*, Capítulos IV, VII y VIII,.

Tercera fase de la UEM y su situación dentro de la Comunidad era idéntica a la del resto de Estado miembros que se habían comprometido en grado máximo con aquélla.

El 3 de junio de 1997 el Primer Ministro sueco, Göran Persson, anunciaba que Suecia no formaría parte del grupo de países que el 1 de enero de 1999 iba a poner en marcha el proyecto de Unión Económica y Monetaria (UEM) ²⁶⁹. El 10 de octubre de este mismo año el Gobierno sueco presentaba ante el *Sveriges Riksdag* (Parlamento sueco) un proyecto por el que Suecia no participaría en la UEM a partir de 1 de enero de 1999, aunque dejaría la puerta abierta a una entrada posterior previa consulta en referéndum al pueblo sueco; entretanto, Suecia continuaría participando activamente en los preparativos de la Tercera fase de la UEM y se comprometía a trabajar activamente por la UE y a proseguir el proceso de integración²⁷⁰.

La decisión del Gobierno sueco de que Suecia no se incorporara a la Tercera fase de la UEM en la fecha prevista, el 1 de enero de 1999, se fundamentaba en el débil apoyo popular que el proyecto de UEM tenía en aquel momento en su país²⁷¹. Aducía el Gobierno que para Suecia la participación en la Unión Monetaria había de tener obligatoriamente una base democrática: el apoyo popular al proceso era el que capacitaba realmente a este Estado para contribuir positivamente a la formación de la Unión Monetaria. Las encuestas de opinión y *other indicators* eran las fuentes en que se basaba el Gobierno sueco para deducir el escepticismo de su pueblo ante la UEM; además, interpretaba este Gobierno, la actitud hostil de la opinión pública no lo era sólo respecto de la UEM, sino de la UE en su conjunto.

Para la mayoría de los analistas la negativa de Suecia escondía, tras una apariencia de beneficio para ese Estado miembro, un interés particular dictado

²⁶⁹ Diario *El País*, de 4 de junio de 1997.

²⁷⁰ *Press Release of Ministry of Finance of Sweden* . October 10, 1997.

²⁷¹ *Ibid.*

por exigencias de política interna del partido socialdemócrata sueco al que pertenecía su Gobierno.

La negativa de Suecia se vio materializada cuando los días 2 y 3 de mayo de 1998 se reunió el Consejo en su formación de Jefes de Estado y de Gobierno para confirmar qué Estados cumplían las condiciones necesarias para la adopción de la moneda única sobre la base de los informes de la Comisión, el IME, la Recomendación del Consejo y el dictamen del Parlamento Europeo (art. 109J.4 TCE²⁷²), y este Estado miembro no cumplía con dos de ellas: a) su legislación nacional, incluidos los Estatutos de su Banco nacional, no eran compatibles con el art. 108 TCE²⁷³ así como con los Estatutos del SEBC; b) la corona sueca no había participado en el mecanismo del Tipo de Cambio del SME en ningún momento, y había fluctuado con respecto a las monedas que sí participaban en él reflejando la ausencia de objetivo cambiario²⁷⁴.

Si bien es cierto que Suecia no cumplía con las condiciones necesarias para integrarse en la Tercera fase de la UEM y, en consecuencia, no podía acceder a ella, ¿había cumplido Suecia con sus obligaciones respecto de la UEM?.

- Suecia, habiéndose comprometido jurídicamente con la letra del TUE, había de hacer compatible su legislación nacional con las exigencias del Tratado durante la Segunda fase de UEM, es decir, entre el 1 de enero de 1994 y el momento del examen a que se refería el art. 109J.4 TCE²⁷⁵; sin embargo, Suecia no inició el proceso de modificación de su normativa interna para adaptarla a las exigencias de la Tercera fase de la UEM hasta unos meses antes,

²⁷² Actual art. 121.4.

²⁷³ Actual art. 109.

²⁷⁴ Vid. Decisión del Consejo de 3 de mayo de 1998 con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 109J del Tratado (DOCE L 139 de 3 de mayo de 1998).

²⁷⁵ Actual art. 121.

en noviembre de 1997, sin tiempo suficiente para culminarlo²⁷⁶ y después de haber anunciado unilateralmente que no participaría en la Tercera etapa. Se aprecia en el comportamiento de Suecia cierta negligencia a la hora de adoptar la normativa compatible con los arts. 108 TCE y los Estatutos del SEBC.

- La participación en el SME tal como fue establecida en el Consejo Europeo de Bruselas de 5 de diciembre de 1978 era voluntaria²⁷⁷; sin embargo, desde la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea de 1992, la participación se hacía obligatoria: desde el momento en que en el Tratado de la Unión Europea, una de las condiciones para entrar en la Tercera fase de la UEM, es decir, para cumplir uno de los objetivos comunitarios con los que se habían comprometido los Estados miembros, exigía de estos su participación en el SME como método elegido para evaluar (con mayor o menor flexibilidad) la estabilidad de una moneda, la participación en el SME dejaba de ser voluntaria y se convertía en obligatoria²⁷⁸. La no participación en el SME sin causa justificada, supondría un incumplimiento.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico la negativa de Suecia a incorporarse a la Tercera fase de la UEM en el momento previsto no podía ampararse en ninguna disposición del TUE ni en ninguna otra norma jurídica exterior a éste: no existía protocolo, ni cláusula de excepción, ni Decisión del Consejo,... no existía *paraguas jurídico* para Suecia²⁷⁹. Tampoco los motivos

²⁷⁶ Vid. Informe de la Comisión COM (1998) *Euro 1999*, de 25 de marzo de 1998, ptos. 1.3.13 y 2.4.14.

²⁷⁷ Vid. punto 3.1 de la Resolución del Consejo Europeo de 5 de diciembre de 1978 aneja a las Conclusiones de la Presidencia: "Un Estado miembro que no participa en el mecanismo de cambio desde el principio puede participar en él en una fecha ulterior". (Bol. CE 12/1978, p. 1).

²⁷⁸ A juicio de MANIN, Ph., "Aujourd'hui, les systèmes de limitation de fluctuation continuent de reposer sur des accords. Mais l'ensemble du SME fait partie du système communautaire dans la mesure où il est pris en considération pour la réalisation de l'UEM". ("Les aspects juridiques...", op. cit., p. 27).

²⁷⁹ "Ever since the issue of EMU first came about in, Sweden has taken the position that the question of Swedish participation in the monetary union should be decided by the Riksdag. In the negotiations for membership it was stated that <<a final Swedish position relating to the transition from the second stage to the third stage will be taken in the light of future events and in accordance with the provisions in the Treaty>>". *Press Release*..., op. cit.,

de política interna anunciados en junio y de los que traía causa el incumplimiento de Suecia estaban justificados²⁸⁰. Es el ejercicio por Suecia de una reversibilidad unilateral de los compromisos jurídicos previamente adquiridos por ella.

3) La integración diferenciada inocua para el Derecho comunitario: las pequeñas concesiones.

Este tipo de excepciones al cumplimiento del Derecho comunitario las calificamos de inocuas por su insignificancia y poca importancia. Esa es precisamente la razón por la que hemos preferido situarlas aquí.

En sentido estricto se trata de la excepción para determinados Estados miembros de cumplir el Derecho comunitario, ya sea en una parte de su territorio o en su totalidad, ya sea en una materia concreta o no, frente al resto

p. 4. Sin embargo, esta afirmación carecía de valor jurídico alguno al no aparecer incluida ni en el Tratado ni en el Acta de Adhesión de Suecia a la Unión Europea, ni siquiera como Declaración, ni en ningún otro texto de carácter jurídico.

²⁸⁰ El TJCE ha sido muy restrictivo respecto de las circunstancias que pueden justificar un incumplimiento de Derecho comunitario (vid., por ejemplo, STJCE de 10 de diciembre de 1969, as. cjtos. 6/69 y 11/69 *Comisión vs. Francia*, Rec. 1969, pp. 523-546, párs. 10 y ss.; STJCE de 21 de junio de 1973, as. 79/72, *Comisión vs. Italia*, Rec. 1973, pp. 667-673). En el caso que nos ocupa, el motivo aducido por Suecia era la falta de apoyo popular que el proyecto de UEM tenía en ese país en un momento determinado, posterior al de la adhesión a la Unión Europea. Sin embargo, el mero cambio de opinión del pueblo sueco conocido a través de encuestas de opinión no justificaría una *marcha atrás* de este Estado miembro, una reversibilidad de los compromisos jurídicos previamente contraídos respecto de la UEM. La originalidad de la justificación sueca nos llevaría a pensar que cuando un gobierno deja de tener el apoyo popular suficiente, siempre según las encuestas de opinión, deberían convocarse elecciones para su confirmación o sustitución, porque si deja de tener el apoyo popular suficiente en un determinado momento, y su base democrática se tambalea, carece de legitimidad, pero... ¡entonces estaríamos votando todos los días!... ni siquiera la sustitución de las encuestas de opinión por referéndum de resultado contrario a la integración, sería causa suficiente, puesto que el compromiso jurídico sueco de integración en la Tercera fase de la Unión Económica y monetaria estaba previamente establecido y era automático una vez cumplidas las condiciones para ello e irreversible. Desde el momento en que Suecia ratificó el TUE y éste entró en vigor, Suecia se comprometía a esforzarse por cumplir con estas condiciones en el plazo más breve posible haciendo efectiva la transferencia de competencias necesaria desde el inicio de la Tercera etapa en caso de cumplir con ellas, sin subordinar su incorporación a la Tercera etapa de la UEM a ningún tipo de autorización en el ámbito interno.

de Estados miembros, sin que sea posible encontrar la causa en circunstancias imperativas del tipo de las que hemos visto en el Primer Capítulo de esta Parte. Se trata de excepciones bien delimitadas y de valor simbólico que se explican, no justifican, por la voluntad política de los Estados miembros, defensores de intereses particulares propios²⁸¹.

Manifestadas en el pilar comunitario, las integraciones diferenciadas que vamos a ver se producen porque la transferencia de competencias soberanas a las Comunidades realizada por los Estados miembros no es idéntica en el ámbito material o territorial; es decir, resulta parcial desde el punto de vista material o territorial, no realizando tal transferencia en relación con ciertas materias o ciertos territorios. Tales excepciones tendrían un límite: aquel en que las excepciones realizadas fueran tales que hicieran inaplicable el contenido del Tratado, dejándolo vacío y sin sentido para alcanzar los objetivos establecidos en él²⁸². Podríamos hablar de *concesiones* realizadas en favor de uno o varios Estados miembros que no tienen sino un impacto integrador, en cuanto que tales excepciones son de gran importancia para los Estados miembros afectados, y de nimia importancia para la Comunidad.

a) Excepciones territoriales

El art. 299 TCE²⁸³ define el espacio de aplicación del Tratado y supera la mera suma de los territorios de los Estados miembros, en cuanto que también resulta aplicable el Tratado en aquellos espacios sobre los que estos Estados ejercen de uno u otro modo unas competencias que ellos han atribuido a la Comunidad y en los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asume un Estado miembro. Sin embargo, este mismo artículo se encarga de establecer

²⁸¹ A menudo resulta muy complicado diferenciar entre particularismos legítimos y conveniencia política.

²⁸² Es decir, no sería posible una excepción de este tipo que, por ejemplo, hiciera inaplicable el Tratado de la Comunidad Europea en 16 de las 17 Comunidades Autónomas españolas, pues difícilmente podrían alcanzarse los objetivos del Tratado con tales exclusiones.

²⁸³ Ex art. 227, también TCEE.

excepciones a esto, es decir, excepciones a la coincidencia entre el campo de aplicación territorial del Tratado en los Estados miembros y el campo de aplicación de su Derecho interno, y a la aplicación del Derecho comunitario en ciertos territorios europeos respecto de los que algunos Estados miembros han asumido sus relaciones exteriores²⁸⁴.

Tal y como puede desprenderse de la lectura del art. 299 TCE y de las diferentes Actas de Adhesión, el Tratado no sería aplicable,

- a los países y territorios de ultramar no mencionados en el Anexo II TCE que mantengan relaciones especiales con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (art. 299.3. 2º pár.TCE²⁸⁵). Los países y territorios de ultramar que sí estén mencionados en dicho Anexo²⁸⁶ van a estar sometidos al regimen de asociación que contempla el Tratado en los arts. 182-188 TCE²⁸⁷.

Uno de los territorios que actualmente goza de este régimen es Groenlandia, territorio autónomo de Dinamarca. Inicialmente el TCEE fue

²⁸⁴ Es precisamente este concepto *funcional* de territorio el que impide que este art. 299 TCE sea una aplicación estricta art. 29 del Cv. de Viena sobre derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (BOE 142 de 13 de junio de 1980) que establece la obligatoriedad de un Tratado en la totalidad del territorio de cada parte contratante, "salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo". El concepto de territorio en el convenio de Viena resulta *estático* (COUSSIRAT-COUSÈRE, V. ("Article 227: Commentaire". En CONSTANTINESCO, V.; KOVAR, R.; JACQUÉ, J.P.; (et al.) (Dirs.). *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1992, p. 1420-142).

²⁸⁵ Ex art. 227.3, 2º pár., también TCEE. Esta disposición se refiere a Hong Kong.

²⁸⁶ Estos países y territorios son: Groenlandia, Nueva Caledonia y sus dependencias, Polinesia francesa, tierras australes y antárticas francesas, Islas Wallis y Futuna, Mayotte, San Pedro y Miquelón, Aruba, Antillas Neerlandesas, Anguila, Islas Caimán, Islas Malvinas, Georgia del Sur e Islas Sandwich del Sur, Montserrat, Pitcairn, Santa Elena y sus dependencias, territorio antártico británico, territorios británicos del Océano Índico, islas Turcas y Caicos, islas Vírgenes británicas y Bermudas.

²⁸⁷ Ex arts. 131-136 bis, también TCEE. Vid. Declaración nº36 de la CIG'96 sobre los territorios y países de ultramar, Protocolo nº 13 sobre mercancías originarias y procedentes de determinados países y que disfrutan de un régimen especial de importación en uno de los Estados miembros (Surinam y Antillas neerlandesas), Protocolo nº14 sobre las importaciones en la Comunidad Europea de productos petrolíferos refinados en las Antillas neerlandesas; en relación con los territorios de ultramar de la República francesa, el Protocolo nº 27 sobre Francia permite a este Estado miembro mantener el privilegio de emitir moneda en estos territorios, siendo el único que puede determinar la paridad del franco CFP.

aplicable en este territorio con ciertas particularidades²⁸⁸. Sin embargo, el 13 de marzo de 1984 se firmó el Tratado que puso término a la aplicación de los Tratados constitutivos en ese territorio y se instauró un nuevo régimen de relaciones con las Comunidades Europeas que introdujo a Groenlandia entre los territorios del Anexo II²⁸⁹, con motivo del nuevo estatuto de Autonomía de 1979 de Groenlandia y el referéndum de 1982 en el que ganó por mayoría la negativa a mantenerse en la Comunidad.

- a las Islas Feroe (art. 299.6.a) TCE²⁹⁰), territorio autónomo dependiente de Dinamarca. El art. 3 del Protocolo nº 2 relativo a estas Islas anejo al Acta de Adhesión del Reino de Dinamarca, la República de Irlanda, y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a las Comunidades, permitía al Consejo adoptar, sin embargo, “las medidas que deban preverse para resolver los problemas que esta situación podría plantear a la Comunidad y en particular a Dinamarca y a las Islas Feroe”. Esta es la razón por la cual se han adoptado normativas comunitarias que tratan preferencialmente las relaciones de la Comunidad con este territorio especialmente en relación con los derechos de aduana y pesca²⁹¹.

- a las zonas de soberanía del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Chipre (art. 299.6.b) TCE²⁹²).

²⁸⁸ Vid. Protocolo nº 4 del Acta de Adhesión del Reino de Dinamarca, la República de Irlanda, y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a las Comunidades, y las adaptaciones correspondientes de los Tratados (DOCE L 73..., cit.).

²⁸⁹ DOCE L 29 de 1 de febrero de 1985. Vid. Protocolo nº 15 sobre el régimen especial aplicable a Groenlandia.

²⁹⁰ Ex art. 227.5.a), también TCEE. Según el Protocolo nº 2 del Acta de Adhesión del Reino de Dinamarca, la República de Irlanda, y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a las Comunidades, (DOCE L 73..., cit.) el Tratado hubiera podido ser aplicable a estas Islas por una Declaración unilateral notificada antes del 1 de enero de 1976. Sin embargo, no se hizo tal Declaración.

²⁹¹ Conforme al Protocolo nº 22 sobre Dinamarca (ex Protocolo nº 8), el Banco Nacional de Dinamarca seguirá desempeñando sus funciones en aquellas partes del Reino de Dinamarca que no forman parte de la Comunidad; así, el art. 14 del Protocolo sobre los Estatutos del SEBC no le será aplicable a estos efectos.

²⁹² Ex art. 227.5.b), también TCEE. En relación a los tres territorios que hemos mencionado hasta ahora, PTUM, Islas Feroe y zonas de soberanía del Reino Unido, vid. Declaración

- parcialmente a las Islas del Canal y la Isla de Man (art. 299.6.c) TCE²⁹³): si bien no forman parte del Reino Unido, éste asume su representación internacional; por eso, la adhesión del Reino Unido implicaría, de no existir este artículo, la aplicación del Derecho comunitario en estas islas, que temían que esto supusiera el fin de su independencia. Su régimen se regula en el Protocolo nº3 anejo al Acta de Adhesión de Reino de Dinamarca, la República de Irlanda, y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a las Comunidades²⁹⁴.

- parcialmente en el Monte Athos. Este territorio goza de un estatuto especial en Grecia por motivos religiosos que será tenido en cuenta por las disposiciones de Derecho comunitario en especial en lo referente a las franquicias aduaneras y fiscales y al derecho de establecimiento²⁹⁵.

- parcialmente a Gibraltar, colonia autónoma del Reino Unido, en donde según el art. 28 del Acta de Adhesión de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda²⁹⁶, no serán aplicables determinados actos de las instituciones comunitarias relativos a la PAC y actos en materia de armonización de legislaciones en impuestos sobre el volumen de negocios.

En relación con las Islas Aland, el Gobierno de la República de Finlandia realizó la Declaración pertinente al ratificar el Tratado de la Comunidad, de acuerdo con el entonces art. 227.5.d) TCE, y actualmente el

nº26 de la CIG'92 relativa a la representación de los intereses de los países y territorios de ultramar a que se refieren el apartado 3 y las letras a) y b) del apartado 5 del viejo artículo 227 TCEE.

²⁹³ Ex art. 227.6.c), también TCEE.

²⁹⁴ DOCE L 73..., cit.

²⁹⁵ Vid. Declaración común sobre el Monte Athos aneja al Acta de Adhesión de la República de Grecia a las Comunidades Europeas (DOCE L 291 de 19 de noviembre de 1979).

²⁹⁶ DOCE L 73..., cit.

Tratado comunitario es aplicable a estas Islas según el art. 299.5 TCE²⁹⁷; sin embargo, tal aplicación viene condicionada a lo que establece el Protocolo n°2 del Acta relativa a las condiciones de Adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia y a las adaptaciones de los Tratados constitutivos de la Unión Europea²⁹⁸, y parece explicarse por el *estatuto especial* con arreglo al Derecho internacional del que gozan estas Islas²⁹⁹.

Los motivos para no aplicar el Derecho comunitario en estos territorios sobre los que los Estados miembros ejercen de una u otra manera sus derechos soberanos son de naturaleza política, relacionada por la particular importancia o relación que mantienen estos territorios con algunos Estados miembros.

b) Excepciones materiales.

En estos casos un Estado miembro queda exceptuado del cumplimiento del Derecho comunitario por razones, de nuevo, de carácter político y de importancia menor.

Uno de los ejemplos más notorios es el de Suecia en relación con el tabaco en polvo (snus)³⁰⁰. El Acta de Adhesión de Suecia permite la

²⁹⁷ El caso de las Islas Aland recuerda *a sensu contrario* el del Protocolo n° 9 anejo TCEE que recogía la posibilidad de que los Países Bajos ratificaran el Tratado *sólo* para su Reino en Europa y la Nueva Guinea neerlandesa.

²⁹⁸ Por un lado se mantendrán de modo permanente ciertas restricciones en la adquisición de inmuebles y el derecho de establecimiento y libre prestación de servicios sin más y, por otro lado, con el objetivo de mantener una economía local viable quedará excluida de la aplicación de ciertas normas armonizadoras en materia de impuestos, esto último mientras la Comisión lo considere justificado en lo que se refiere a la competencia leal o a los recursos propios; vid. también Declaración de los Estados miembros sobre las Islas Aland.

²⁹⁹ En una Resolución de 24 de junio de 1921 la Sociedad de Naciones reconoció a estas Islas su pertenencia a Finlandia al tiempo exigía a ésta que les reconociera una serie de derechos particulares, entre ellos preservar el sueco como lengua oficial.

³⁰⁰ Así lo contempla STUBB, A.C-G. en "A categorization ...", op. cit., p. 293. Vid. Anexo XV, "Lista correspondiente al art. 151 del Acta de Adhesión", punto X, "Varios", del Acta relativa a las condiciones de Adhesión de Austria, Suecia, Finlandia y Noruega (DOCE C 241 ..., cit. y DOCE L 1...cit.).

comercialización de esta sustancia, ilegal en el resto de la Comunidad Europea. La razón parece estar en que 800.000 de los electores con derecho a voto en el referéndum sobre la incorporación de Suecia a la Unión Europea eran consumidores de *snus* y se temía que la prohibición de esta sustancia les llevara a votar negativamente en tal referéndum³⁰¹.

Un ejemplo más es el Protocolo nº16 relativo a la adquisición de viviendas secundarias, que permite a Dinamarca mantener la legislación vigente en materia de adquisición de bienes inmuebles distintos del de residencia permanente, al margen de las actuaciones comunitarias que se puedan realizar al respecto³⁰².

Diferenciar los casos en que estamos ante una *particularidad* de tipo político de una verdadera exigencia de la Unión y la medida en que esto puede perjudicar la realización de los objetivos comunitarios, resulta harto complicado. Pensemos en el caso del Protocolo nº 5 anejo TCEE relativo al Gran Ducado de Luxemburgo sobre una posible excepción al entonces art. 48.3.d) TCEE³⁰³: este artículo se refería al derecho de los nacionales de los Estados miembros a permanecer en el territorio de este Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, mientras el Protocolo se refería a que la Comisión, cuando se ocupara de adoptar disposiciones en esta materia, habría de tener en cuenta *la situación demográfica especial* de este Estado, para que en él fuera posible aplicar más restrictivamente esta libertad. La razón sería que Luxemburgo mantiene entre su población un alto índice de no

³⁰¹ Así, al menos, lo explica JORNA, M. ("The Accession negotiations with Austria, Sweden, Finland and Norway: a guided Tour". *ELR*, 1995, nº2, vol. 20, p. 158).

³⁰² Vid. también el Protocolo nº 6 (ex Protocolo nº 17) relativo al art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa, si bien en nada ha modificado el texto de los Tratados en relación con este Estado miembro. Sobre este caso, vid. O'CONNOR, J. F. "L'Irlande et le Traité d'Union Européenne". *RMCUE*. 1993, nº377, pp. 228-233.

³⁰³ Actual art. 39.

Luxemburgueses, y existe cierto temor a la *invasión* y la pérdida de identidad de una población muy pequeña; sin embargo, esta restricción afecta a un Estado miembro en su totalidad, e incide plenamente en el núcleo comunitario de libertades.

A MODO DE RECAPITULACIÓN

La Unión Europea contempla actualmente distintos regímenes de derechos y obligaciones para sus Estados miembros. Sólo algunos de estos regímenes ilustran una integración diferenciada en la Unión Europea.

Concretamente, suponen una integración diferenciada en el interior de la Comunidad aquellos regímenes divergentes que tienen su origen en la mayor integración en la Unión Europea de sólo algunos Estados miembros frente a otros. Esto significa que sólo generan una integración diferenciada en la Unión Europea las divergencias de derechos y obligaciones entre los Estados miembros debidas a:

1.- la mayor profundización que realizan unos Estados miembros frente a otros en la Unión Europea. En unos casos, sólo algunos Estados miembros incorporan al sistema comunitario nuevas políticas, ámbitos que previamente sólo eran objeto de cooperación, espacios pertenecientes a ámbitos no suficientemente integrados hasta entonces, o utilizan el entramado de la Comunidad para la concreta consecución de objetivos asumidos previamente por todos los Estados miembros en abstracto; en otros casos, sólo algunos Estados miembros utilizan los sistemas de cooperación intergubernamental para estrechar sus relaciones en esos ámbitos;

2.- la reversibilidad de los compromisos jurídicos previamente contraídos en la Unión Europea para algún o algunos Estados miembros.

Tales divergencias no sólo se traducen en la no aplicación a los Estados miembros que no participan en el nivel de integración superior de las disposiciones que sean adoptadas en él, sino que tampoco participan en su adopción futura.

La razón de la permanencia de ciertos Estados miembros en un nivel de integración inferior se encuentra: 1.- en la incapacidad objetiva temporal de determinados Estados miembros para incorporarse efectivamente a un nivel de integración superior; 2.- en la falta de voluntad para realizar la profundización que dicho nivel exige; 3.- en el deseo de retrotraerse al momento inmediatamente anterior a la adopción de un determinado compromiso jurídico dentro de la Unión Europea. En el primer caso, el objetivo de profundización es asumido por todos los Estados miembros y la integración diferenciada adquiere carácter exclusivamente temporal, de modo que los Estados miembros situados en el nivel de integración inferior están jurídicamente obligados a incorporarse al nivel de integración superior que significa aquel objetivo; por el contrario, en el segundo y tercer casos, los Estados miembros no aparecen igualmente comprometidos con un determinado objetivo, y la integración diferenciada a que esto da lugar es susceptible de prolongarse por tiempo indefinido, pues no existe obligación jurídica alguna de incorporarse al nivel de integración superior. El primer caso ilustraría un sistema de integración diferenciada de carácter temporal, y el segundo y tercero, un sistema de integración diferenciada en el espacio.

La diferencia entre ambos sistemas de integración diferenciada, temporal y espacial, puede resultar confusa en determinadas condiciones. Esta cierta confusión aparece cuando un Estado miembro asume jurídicamente un objetivo cuyo momento y/o método para su consecución no están determinados y dicho Estado miembro se muestra contrario a una determinada concreción con posterioridad. En consecuencia, dado que el Estado miembro no asume el objetivo concretado en método y/o momento para su consecución, la obligación de incorporarse al nivel de integración superior que significa aquella primera asunción deja de existir y el Estado miembro de que se trate puede permanecer ajeno a dicho nivel de integración tanto tiempo como desee. La obligación de incorporarse a un nivel de integración superior deja de existir cuando, como ocurre en este caso, dicha incorporación depende de la voluntad del Estado

miembro. En estos casos estamos, pues, ante una integración diferenciada en el espacio.

Esta manifestación concreta de integración diferenciada en el espacio que acabamos de ver no significa, *a priori*, reversibilidad alguna del Derecho de la Unión previamente existente para el Estado miembro de que se trate. La razón está en que no supone una negación del objetivo previamente asumido, sino simplemente una negación del mecanismo y/o momento para su consecución, que previamente no estaban determinados.

Sin embargo, la integración diferenciada en el espacio sí puede suponer, en otros casos, una reversibilidad de los compromisos jurídicos previamente adquiridos. En estos casos el Estado miembro rechaza el objetivo mismo previamente asumido, cualquiera que sea el momento y/o método que posteriormente quiera determinarse para su consecución, o incluso aunque dicha concreción ya existiera.

Una integración diferenciada en el espacio que suponga esa reversibilidad resulta extremadamente peligrosa para la Unión Europea por dos razones: 1.- porque los efectos regresivos en un determinado ámbito para el Estado miembro de que se trate pueden extenderse a otros ámbitos directamente relacionados con éste; 2.- porque puede ser un peligroso antecedente para desvincularse caprichosamente de los compromisos jurídicos previamente contraídos, romper la Comunidad de Derecho previamente establecida y quebrar irreversiblemente los objetivos de la Unión y su credibilidad: sería el principio del fin. Por otro lado, resultaría un contrasentido exigir a los Estados que desearan incorporarse a la Unión el respeto del acervo unitario si con posterioridad pudieran desvincularse de él a voluntad.

SEGUNDA PARTE

LOS SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA COMUNIDAD EUROPEA INTRODUCIDOS POR EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA DE 1992: DE LA COMUNIDAD DE DERECHO A LA COMUNIDAD DE 'COMUNIDADES DE DERECHO'

INTRODUCCIÓN³⁰⁴

Por diferenciación o integración diferenciada *en* la Comunidad entendemos el efecto que genera dentro de ella la utilización de las instituciones, procedimientos y mecanismos de la Comunidad por sólo algunos Estados miembros dando a luz un sistema normativo aplicable sólo a ellos y cuyo origen puede estar, bien en la reversibilidad para algún o algunos Estados miembros de los compromisos jurídicos comunitarios previamente contraídos, bien en la profundización en el interior de la Comunidad que sólo realizan algunos Estados miembros. Es decir, es el efecto que se produce en la Comunidad Europea cuando unos Estados miembros se sitúan en un nivel de integración superior frente a otro u otros, ya sea porque los derechos y obligaciones de algún o algunos Estados miembros en el interior de la Comunidad vuelve a ser el existente en el momento inmediatamente anterior a la asunción de un determinado compromiso jurídico comunitario, ya sea porque sólo algunos de ellos incorporan al sistema de integración nuevas políticas, ámbitos que hasta entonces sólo eran objeto de cooperación y/o nuevos espacios pertenecientes a ámbitos no suficientemente integrados hasta entonces, para la consecución de un objetivo de integración.

La primera reversibilidad jurídica para sólo algún Estado miembro de los compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos y la primera profundización de unos Estados miembros frente a otros en el interior de la Comunidad Europea quedó plasmada a través de la revisión del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) que se realizó en 1992. Sería el nuevo Tratado de la Unión Europea de 1992 (TUE) o Tratado de Maastricht el que

³⁰⁴ A lo largo de esta Parte denominaremos TUE al Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y denominaremos TCE al Tratado de la Comunidad Europea surgido de la revisión operada por aquél; lo mismo haremos con el TCECA y con el TCEEA. La razón está en que en esta Parte nos situamos en ese espacio temporal y estudiamos esos Tratados. En caso de mencionarse artículos concretos de estos Tratados, en nota al pie se especificarán, de existir, los artículos que responden a ellos en los actuales TUE, TCE, TCECA y TCEEA.

introdujera por primera vez un régimen de integración diferenciada dentro de la Comunidad Europea. Por otro lado, la introducción de un régimen de integración diferenciada también en Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y en Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI) permitía hablar de integración diferenciada en la Unión Europea.

El régimen de integración diferenciada en la Comunidad Europea tal y como quedó configurado por el Tratado de Maastricht intentó conciliar, el deseo y capacidad de unos Estados miembros para profundizar en el sistema de integración comunitario, con la falta de voluntad o capacidad para ello por parte de otros Estados miembros e incluso con la falta de voluntad para mantener el nivel de integración alcanzado.

La adhesión de un Estado a las Comunidades Europeas³⁰⁵ exige todavía hoy la aceptación del *acquis* o acervo comunitario previamente existente “como expresión de voluntad de participar en un proceso de integración que supone transferencia o atribución de competencias derivadas de la Constitución e incluso posibles reformas de ésta”³⁰⁶, sin posibilidad de condicionar o renegociar lo establecido³⁰⁷. De forma expresa, en cada una de las Actas de Adhesión de nuevos Estados a las Comunidades se precisa el contenido específico de este acervo³⁰⁸: 1.- disposiciones de los Tratados originarios y

³⁰⁵ La Adhesión a las Comunidades Europeas se regía antiguamente por los artículos 237 TCEE, 205 TCEEA y 98 TCECA. Estos artículos derogados por el Tratado de Maastricht, fueron subsumidos entonces por el art. O TUE, actual art. 49, tras su modificación. Hoy día la adhesión a las Comunidades Europeas exige la adhesión a la Unión Europea.

³⁰⁶ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA. P; GONZÁLEZ VEGA, J.A.; FERNÁNDEZ PÉREZ, B. *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Eurolex, 1999, p. 128.

³⁰⁷ En una Sentencia de 16 de febrero de 1982 el TJCE decía que “...Il résulte du système de l’acte d’adhésion que l’État adhérent accepte l’ensemble des actes institutionnels pris jusqu’au moment où son adhésion est effective (...)” (As. cjtos. 39, 43, 85 y 88/81, *Halvyourgiki Inc. vs. Comisión*, Rec. 1982, pp. 593-619, pár. 12).

³⁰⁸ Vid. arts. 2 y ss. de las diferentes Actas de Adhesión (por ejemplo, del Acta relativa a las condiciones de Adhesión del Reino de España y la República Portuguesa a las Comunidades y las adaptaciones correspondientes de los Tratados (DOCE L 302 de 15 de noviembre de 1985)).

actos adoptados por las instituciones antes de tal adhesión; 2.- decisiones y acuerdos adoptados por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, así como cualquier otro acuerdo celebrado por los Estados miembros relativo al funcionamiento de las Comunidades o que guarde relación con estas; 3.- convenios contemplados en virtud del artículo 220 TCEE³⁰⁹ y otros que no pudieran disociarse de la consecución de los objetivos del Tratado y estén vinculados al ordenamiento jurídico comunitario, así como los protocolos relativos a la interpretación de estos convenios por el TJCE firmados por los Estados miembros de la Comunidad, incluida la participación en las negociaciones para efectuar en ellos las adaptaciones necesarias; 4.-declaraciones, resoluciones u otras posiciones adoptadas por el Consejo Europeo o el Consejo, y las adoptadas de común acuerdo por los Estados miembros, habiendo de respetar los principios y orientaciones que se desprenden de ellas, adoptando las medidas que pudieran ser necesarias para asegurar su aplicación³¹⁰.

El acervo comunitario precisado por las diferentes Actas de adhesión no incluye referencia alguna a la jurisprudencia del TJCE³¹¹; cabe preguntarse entonces si existe acervo comunitario de tipo jurisprudencial y si, en caso de que exista, los nuevos Estados miembros quedan vinculados por la jurisprudencia del TJCE anterior a su adhesión. La no mención expresa de un acervo jurisprudencial en las Actas de Adhesión no significa su inexistencia: la función del TJCE como garante del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados comunitarios le permite interpretar legítimamente a través de su jurisprudencia, explicitar y garantizar el contenido de los Tratados comunitarios

³⁰⁹ Posterior art. 220 TCE, actual art. 293.

³¹⁰ Prescindimos de referirnos al acervo de la CPE y de los dos pilares intergubernamentales creados con el TUE y nos limitamos al acervo estrictamente comunitario. Dado que hemos limitado nuestro objeto de estudio al sistema de integración diferenciada en la Comunidad Europea, nos ha parecido más adecuado exponer sólo aquí el acervo relacionado con el pilar comunitario, al margen de la CPE y de los pilares intergubernamentales.

³¹¹ Apreciación realizada por PESCATORE, P., "Aspectos judiciales del "acervo comunitario". *RJE*. 1981, p. 333.

previamente aceptados por los nuevos Estados miembros³¹²; por esta razón, el acervo jurisprudencial es inherente al acervo que expresamente ha de aceptarse de acuerdo con las correspondientes Actas de Adhesión.

La aceptación del acervo comunitario en el momento de la adhesión significa la aceptación de una conquista definitiva, que no puede ser cuestionada, y que debe ser preservada y defendida³¹³. En consecuencia, aceptar este acervo implica aceptar los objetivos de integración establecidos para el futuro y los ya alcanzados.

Sin embargo, como ya dijimos, de esa participación en el sistema de integración comunitario y la aceptación de los objetivos establecidos para el futuro no es posible derivar una obligación jurídica general para los Estados miembros de participar en la profundización de ese sistema de integración. La existencia de dicha obligación depende del establecimiento previo del contenido concreto del objetivo, del método y momento para la profundización. En consecuencia, los Estados miembros de las Comunidades Europeas ante el reto de la revisión de los Tratados de 1992, no tenían una obligación jurídica general de votar favorablemente una profundización en la integración en cualquier ámbito, de cualquier modo y en cualquier momento.

Por otro lado, como también dijimos, no hay duda alguna de que cualquier Estado miembro está jurídicamente obligado a no oponerse a la adopción de medidas destinadas a alcanzar un objetivo previamente asumido cualquiera que sea su mecanismo, método o momento para ello, pues de hacerlo estaría negando el objetivo mismo con el que previamente se ha comprometido³¹⁴ y estaría, en definitiva, incumpliendo el Derecho comunitario.

³¹² Vid. arts. 164 TCEE (posterior art. 164 TCE, actual art. 220), art. 136 TCEEA (actual art. 136), art. 31 TCECA (actual art. 31) y art. L TUE (actual art. 46).

³¹³ PESCATORE, P. "Aspectos judiciales...", op. cit, p. 332.

³¹⁴ LOUIS, J-V. "Quelques réflexions sur la différenciation dans l'Union Européenne", en MANIN, Ph; LOUIS, J-V. (Dir.). *Vers une Europe différenciée? Possibilité et limite*. Bruxelles: A. Pedone, 1996, p. 38.

Para evitar este flagrante incumplimiento y ocultar una oposición real a cualquier profundización, los Estados miembros harán uso de su derecho a oponerse a la concreción del mecanismo, método momento para una profundización. Probar en estos casos la existencia de una oposición a cualquier tipo de profundización resulta demasiado complicado, por no decir imposible. Por esta razón, la asunción de un objetivo sin que queden determinados los mecanismos y el momento de su consecución, resulta ineficaz e insuficiente³¹⁵.

En otras ocasiones el problema que plantea un Estado miembro ante una profundización comunitaria es de capacidad y no de voluntad. En esos casos el compromiso jurídico del Estado miembro respecto de aquélla le obliga a tomar todas las medidas necesarias que le permitan superar su incapacidad; de no hacerlo intencionalmente o de actuar negligentemente impidiendo u obstaculizando tal superación, ese Estado miembro estaría incumpliendo las obligaciones asumidas, pues su actuación sería de nuevo la de negar el objetivo con el que previamente se había comprometido.

Del mismo modo que no existe una obligación jurídica para los Estados miembros de profundizar en la Comunidad, tampoco existe una prohibición de hacerlo para un grupo de Estados miembros capaces y deseosos de ello. Sin embargo, como veremos, un régimen de integración diferenciada puede acarrear ciertos peligros para el propio sistema de integración que exigen que se desarrolle dentro de determinados límites y condiciones³¹⁶.

³¹⁵ Id., p. 38.

³¹⁶ Sobre la existencia o no de una obligación jurídica para los Estados miembros de profundizar en la integración comunitaria, vid. *Supra*, Introducción inicial a este Trabajo.

CAPÍTULO III: LÍMITES FORMALES Y MATERIALES A LA REVISIÓN DEL TCEE EN RELACIÓN CON LA INTRODUCCIÓN DE SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA EN LA COMUNIDAD

La primera introducción de un régimen integración diferenciada en la Comunidad Europea se realizó en 1992 a través de la revisión del TCEE conforme al procedimiento expresamente establecido en su art. 236³¹⁷. La revisión de los Tratados reconociendo implícita o explícitamente la posibilidad de practicar una integración diferenciada en el interior de la Comunidad, es decir, la posibilidad de que sólo algunos Estados miembros utilizaran entre sí los mecanismos, instituciones y procedimientos de la Comunidad para la consecución de determinados objetivos entre ellos, se hacía necesaria en cuanto que los Estados miembros no podían disponer como mejor les pareciera del Derecho comunitario existente, y las instituciones habían de actuar de conformidad con lo dispuesto en los Tratados³¹⁸.

La tarea revisora de 1992 alcanzó también los Tratados CECA y Euratom, a través de los procedimientos previstos en los entonces arts. 96 TCECA³¹⁹ y 204 TCEEA³²⁰, y supuso la aparición de una Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y una Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI) entre los Estados miembros. Este conjunto dio a luz a la Unión Europea, enmarcada en el Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

³¹⁷ Derogado por el TUE, subsumido por el art. N de este Tratado, actual art. 48 tras su modificación.

³¹⁸ Vid. arts. 4 y 5 TCEE, posteriores arts. 4 y 5 TCE, actuales arts. 7 y 10.

³¹⁹ Derogado por el TUE, subsumido por el art. N de este Tratado, actual art. 48 tras su modificación.

³²⁰ Derogado por el TUE, subsumido por el art. N de este Tratado, actual art. 48 tras su modificación.

Hasta la adopción del TUE, los Tratados comunitarios guardaban silencio en torno a la posibilidad de que los Estados miembros revisaran los Tratados comunitarios introduciendo libremente los cambios que creyeran oportunos³²¹. La existencia de límites materiales a la revisión del TCEE, esto es, de restricciones al poder de los Estados miembros de revisar la sustancia de ese Tratado³²², su contenido, está en el origen de las condiciones que debía cumplir el régimen de integración diferenciada que deseara introducirse en la Comunidad en 1992. Por esta razón, estudiaremos la existencia en la Comunidad de determinados elementos fundamentales, esenciales, consustanciales a ella y que configuraban lo que hemos decidido llamar *ius cogens comunitario* por su obligado cumplimiento e inderogabilidad por los Estados miembros, incluso en el supuesto de una revisión del Tratado comunitario³²³.

³²¹ El TUE supuso en este sentido un cambio cualitativo al reconocer explícitamente límites materiales a la revisión de los Tratados (vid. *Infra*, Capítulo V, Sección 2).

³²² Expresión de BIEBER, R.; KAHIL-WOLFF, B.; MULLER, L. "Cours général de droit communautaire", en *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. III, 1992, p. 93. La misma expresión aparece en BIEBER, R. "Les limites matérielles et formelles à la révision des Traités établissant la Communauté Européenne. *RMUE*, 1993, n° 367, p. 345.

³²³ Se trataría de un *ius cogens* particular, es decir, válido sólo para un determinado grupo de Estados de la Comunidad Internacional, frente al *ius cogens* general, válido para todos los Estados. Este *ius cogens comunitario* tendría en común con el *ius cogens* particular de carácter internacional simplemente eso, su validez para un círculo determinado de sujetos internacionales, los Estados miembros de la Comunidad Europea, pero no sería en absoluto un "desarrollo de las normas de *ius cogens* internacional". Vid. sobre la definición de *ius cogens* particular de carácter internacional, MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. *Derecho internacional público (Parte General)*. Valladolid: Trotta, 1999, p. 71.

SECCIÓN 1: ASPECTOS JURÍDICOS FORMALES DE LA REVISIÓN DEL TCEE.

A) La revisión de los Tratados comunitarios a través de los procedimientos previstos por éstos

Las normas relativas a la revisión de los Tratados comunitarios que estos mismos recogían antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, y cuyo contenido se mantuvo esencialmente con posterioridad a éste, eran las siguientes:

- Procedimientos autónomos³²⁴: la revisión de los Tratados se realiza por las instituciones comunitarias y no por los Estados miembros, sin procedimiento alguno posterior de ratificación por parte de estos. Se trata de procedimientos prescritos para modificaciones específicas, concretas, expresamente recogidas en la letra de los artículos 32, 81 y 95.3 y 4 TCECA³²⁵, 14.7, 33.8, 38.3, 84.2, 113, 126, 157, 165, 166, 168A, 188 TCEE³²⁶ y arts. 76, 85, 90, 137 y 215 TCEEA³²⁷.

- Procedimientos simplificados: se sitúan a medio camino entre los procedimientos autónomos y los procedimientos típicos de Derecho

³²⁴ PESCATORE, P. califica estos procedimientos de *autorevisión* de los Tratados comunitarios (*L'ordre juridique des Communautés Européennes. Étude des sources du droit communautaire*. Liege: Presses Universitaires de Liege, 1975, p. 64).

³²⁵ Actuales arts. 81 y 95.3 y 4.

³²⁶ Actuales arts. 80, 133, 213, 221, 222, 225, 245 respectivamente, excepto los arts. 14.7, 33.8, 38.3 y 126 TCEE cuyo contenido ha sido derogado en lo que aquí nos interesa. También el antiguo art. 106.5 TCE, actual art. 107 TCE, resulta de este tipo. Vid., por ejemplo, sobre este tipo de revisiones: Reglamento nº7 bis del Consejo de 18 del diciembre 1959 por el que se insertan determinados productos en la lista del Anexo II del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE L 7 de 30 de enero de 1961); Decisión del Consejo de 1 de enero de 1973 relativa al aumento del número de Abogados Generales (DOCE L 2 de 1 de enero de 1973); Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 1980 relativa a las adaptaciones de los Tratados que resultan necesarias a consecuencia del aumento del número de jueces (DOCE L 380 de 31 de diciembre de 1980). También serían de este tipo los arts. 104C.14, 105.6, 106.5 y 109F.7 TCE, actuales arts. 104.14, 105.6, 107.5 y 117.7 respectivamente.

³²⁷ Actuales arts. 76, 85, 90 y 215.

internacional puesto que la iniciativa parte de las instituciones comunitarias, no existe convocatoria de conferencia internacional para la revisión, pero se hace necesaria la ratificación por los Estados miembros. Prescritas de nuevo para casos muy concretos, se encontraban en los arts. 138.3 y 201 TCEE y 8E TCE³²⁸.

- Procedimiento general: previsto inicialmente en los arts. 236 TCEE, 96 TCECA y 204 TCEEA, ha sido el procedimiento utilizado para la revisión de los Tratados comunitarios que en 1992 dio a luz al Tratado de Maastricht. Este procedimiento se mantuvo en la redacción del Tratado de Maastricht como art. N y actualmente como art. 48 TUE tras su revisión por el Tratado de Amsterdam. Se trata de un procedimiento que consta de dos fases; una primera genuinamente comunitaria y una segunda intergubernamental o diplomática, típica de Derecho internacional público. Cualquier Estado miembro o la Comisión pueden someter al Consejo proyectos de revisión; si a continuación el Consejo, tras consultar al Parlamento Europeo y a la Comisión (esta última sólo en caso de que la propuesta hubiera partido de un Estado miembro), emite un dictamen favorable a la reunión de una conferencia intergubernamental, ésta se convoca a fin de que se adopten, por unanimidad de los Estados miembros, las modificaciones al Tratado. Posteriormente cada uno de los Estados miembros debe ratificar tales enmiendas³²⁹. Este procedimiento ha de utilizarse en los

³²⁸ Actuales arts. 190.4, 269 y 22 respectivamente. Vid., por ejemplo, Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1976 relativa al acto por el que se eligen los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal (DOCE L 278 de 8 de octubre de 1976); Decisión del Consejo de 7 de mayo de 1985 relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades (DOCE L 128 de 14 de mayo de 1985). El art. 42 TUE, que recuerda al antiguo art. K.9 TUE, es también un ejemplo de procedimiento simplificado de revisión del TUE.

³²⁹ La utilización que hacemos en este párrafo de los vocablos *revisión*, *modificación* y *enmienda* responde a la utilización que hacía el propio art. 236 TCEE y que se mantuvo con posterioridad en el art. 236 TCE y en el art. N TUE, actual art. 48 tras su modificación. La inexistencia de matices entre estos vocablos también se refleja en los textos originarios y no sólo en el texto en español, sino en las traducciones a otras lenguas. Parece, pues, que resulta indiferente para el Derecho comunitario hablar de *revisión*, *modificación* o *enmienda* a diferencia de lo que ocurre en Derecho internacional público. Nosotros, por nuestra parte, hablaremos de *revisión* con carácter general y de *modificación* para referirnos a los cambios concretos que se introducen.

casos en que pretendan realizarse revisiones a los Tratados comunitarios que no respondan a las previstas en los procedimientos anteriores.

B) La revisión del TCEE al margen de los procedimientos previstos: práctica inicial y exclusión posterior de su admisibilidad.

Como acabamos de ver, el procedimiento general de revisión del TCEE según su art. 236 suponía la celebración y entrada en vigor de un nuevo Tratado internacional que sucedía al anterior. De esta manera la decisión definitiva de la revisión quedaba, como en Derecho internacional público, en manos de los Estados. La revisión de las normas comunitarias originarias exigía, en definitiva, la celebración de un nuevo Tratado internacional.

No obstante, si comparamos este procedimiento con el procedimiento de Derecho internacional público establecido en los arts. 39 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados³³⁰, encontramos tres particularidades: 1.- la iniciativa para la revisión puede partir, no sólo de los Estados parte en el TCEE sino también de la Comisión; 2.- para la convocatoria de la conferencia intergubernamental no se exige la unanimidad de los Estados Parte en el Acuerdo sino la de la mayoría de votos de los representantes de los Estados miembros en el Consejo, institución comunitaria; 3.- en la elaboración de los nuevos textos relativos a la revisión participan además de los Estados miembros, la Comisión y el Parlamento.

Estas particularidades en la revisión del TCEE, norma convencional internacional, nos llevan a preguntarnos sobre la exclusividad del procedimiento prescrito por su art. 236, esto es, sobre la posibilidad de que los Estados miembros pudieran realizar una revisión al Tratado en virtud de las normas de

³³⁰ Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (BOE 142 de 13 de junio de 1980). En adelante, Cv. Viena.

Derecho internacional público y al margen de las normas comunitarias prescindiendo de la participación de las instituciones.

Dos revisiones del TCECA en la década de los años 50 han servido a una parte de la doctrina para ejemplificar la posibilidad de una revisión de los Tratados comunitarios realizada al margen de lo prescrito por estos³³¹; otra parte de la doctrina las ha utilizado, por el contrario, como ejemplo de inexperiencia y errores pasados indeseables en el futuro³³².

La primera revisión al respecto tuvo lugar a partir de la firma, el 27 de octubre de 1956, del Tratado entre Francia y Alemania por el que se devolvía la región del Sarre a esta última. Tras este Tratado se decidió modificar la ponderación del voto prevista por el art. 28 5º pár. TCECA³³³ para los Estados miembros en el Consejo. Esta revisión se realizó por común acuerdo de los Estados miembros al margen del procedimiento prescrito en el art. 96 TCECA.

³³¹ Vid., por ejemplo: DELIEGE-SEQUARIS, M. "Revision de Traités Européens en dehors des procédures prévues". *CDE*, 1980, nº 5-6, p. 540; HARTLEY, T.C. *Constitutional problems of the European Union*. Osgord and Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999, pp. 143-144; DE VISSCHER, P. "La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et les États membres. *Actes officiels du Congrès international d'Études sur la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*. Vol. II. Milan, 1957, pp. 17-18; WAELEBROECK, Michel. "Peut-on parler d'un droit constitutionnel européen?". *Travaux et conférences de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*. 1964, vol. 2, pp. 80-81; Id., aunque dejando la puerta abierta a la posibilidad de que la evolución de la Comunidad llevara a convertir su ordenamiento jurídico en autónomo respecto del Derecho internacional, "Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés Européennes". *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*. Paris: Pedone, 1964, pp. 514-516.

³³² Vid., por ejemplo: BERNHARDT, R. "Las fuentes del Derecho comunitario: La "constitución" de la Comunidad", en *Treinta años de Derecho comunitario*. Luxemburgo: OPOCE, 1984, p. 81; DA CRUZ VILAÇA, J.L.; PIÇARRA, N. "Y-a-t-il des limites matérielles à la révision des Traités instituant les Communautés Européennes?". *CDE*, mai 1993, pp. 18-19; LOUIS, J.V. *El ordenamiento jurídico comunitario*. Bruselas: OPOCE, 1993, p. 72; SIMON, D. *Le système juridique communautaire*. Paris: PUF, 1998, p. 60. Igualmente, aunque sin mencionar expresamente estos casos CEEA, PESCATORE, P. *Droit international et Droit communautaire. Essai de réflexion comparative*. Centre Européen Universitaire de Nancy. Collection des Conférences Européennes, nº5, 1969, p. 21; WEILER, J.H.H.; MODRALL, J. "The creation of the European Union and its relation to the EEC Treaties", en BIEBER, R.; JACQUÉ, J-P.; WEILER, J.H.H. *An ever closer Union. A critical analysis of the Draft Treaty establishing the European Union*. Luxembourg: Office for Publications of the European Communities, 1985, p. 166.

³³³ Actual art. 28, 4º pár.

Sin embargo, hay que decir que este ejemplo no resulta adecuado para ilustrar una revisión de los Tratados comunitarios ajena al procedimiento explícito que estos recojen, pues la revisión se produjo durante el periodo transitorio en el que todavía el art. 96 TCECA no era aplicable³³⁴. Por esta razón, en nuestra opinión, la revisión se realizó correctamente y sin contrariar la letra del Tratado comunitario.

La segunda revisión se produjo con ocasión de la Convención relativa a las instituciones comunes el 25 de marzo de 1957 que vio la luz en aplicación del art. 96 TCECA. Esta Convención modificaba las disposiciones relativas a la composición y funcionamiento de la Asamblea y el Tribunal de Justicia tal y como aparecían en el TCECA. Sin embargo, este caso tampoco es un buen ejemplo de revisión de los Tratados comunitarios al margen de los procedimientos expresamente recogidos para ello: si bien el art. 96 TCECA sólo entraba en vigor una vez transcurrido el periodo transitorio, esto es, el 12 de febrero de 1958, y las revisiones se habían realizado el 27 de marzo de 1957, es decir, con anterioridad a dicha fecha, éstas no entrarían en vigor antes del fin de febrero de 1958³³⁵. Esto significa que estas revisiones nunca entrarían en vigor antes de que lo hiciera la propia norma en virtud de la cual se habían realizado dichas revisiones.

³³⁴ Manteniendo la inaplicabilidad del procedimiento expreso de revisión CECA durante el periodo transitorio vid., por ejemplo: GOES VAN NATERS, M. van. "La révision des traités supranationaux", en *Liber amicorum J.P.A. François*. Leyden: A.W.Sijthoff, 1959, p. 122; JACQUÉ, J-P. "Cours général de Droit Communautaire", en *Collected Courses of the Academy of the European Law*. Vol. I, 1, 1990, p. 272; LAMBERS, H.J. Les clauses de révisions des Traités instituant les Communautés Européennes. *AFDI*, 1961, pp. 605-606. No descarta esta posibilidad, MEDINA, M. "La revisión de los Tratados comunitarios". *RIE*. 1979, nº3, vol. 1, pp. 1302.

³³⁵ Vid. sobre el particular: GOES VAN NATERS, M. van. "La révision des traités ...", op. cit., p. 125; LAMBERS, H. J. "Les clauses de révision des traités ...", op. cit., pp. 605-606. MEDINA, M. por su parte, pone el acento en otro aspecto: no se respetó el procedimiento expresamente establecido porque, a su juicio, faltó la decisión del Consejo de convocar la Conferencia intergubernamental de reforma ("La revisión de los Tratados ...", op. cit., p. 1302).

Como hemos dicho antes, la particularidad del procedimiento de revisión previsto por el art. 236 TCEE, en comparación con el previsto por el art. 39 Cv. Viena, se encontraba en la participación de las instituciones comunitarias. Preguntarse sobre la posibilidad de realizar una revisión del TCEE en virtud del Cv. Viena exige aclarar, por una parte, el alcance y significado de la participación de las instituciones en el proceso de revisión del Tratado y, por otra parte, las relaciones entre el Derecho internacional público y el Derecho comunitario³³⁶.

La participación de las instituciones en el proceso de revisión del TCEE no sólo no debe ser infravalorada y considerada intrascendente³³⁷ sino que se

³³⁶ JACOT-GUILLARMOD, O. habla de perspectiva *intracomunitaria* para referirse a la posibilidad de aplicar las normas del Derecho internacional público a las relaciones entre la Comunidad y sus Estados miembros (*Droit communautaire et Droit international public*. Genève: Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., 1979, p. XXVII). La perspectiva *externa*, relativa a las relaciones del ordenamiento jurídico comunitario con las normas internacionales derivadas de las relaciones externas de la Comunidad (Ibíd, p. XXVIII), no es objeto de nuestro Trabajo; para una visión general sobre este tema vid. DíEZ-HOCHTLEITNER, J. *La posición del Derecho internacional en el Ordenamiento comunitario*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998, 225 pp., y la bibliografía referenciada al respecto en ese Trabajo.

³³⁷ Vid., sin embargo, infravalorándolo, PESCATORE, P.: "en effet, si le traité ont organisé une procédure de révision distincte de la procédure diplomatique ordinaire, c'était pour assurer aux institutions communautaires (Conseil, Commission et Parlement) une part d'influence sur le processus de révision. Ces influences sont exclues chaque fois que l'on prend recours à la procédure diplomatique traditionnelle. Mais comme ces influences ne doivent s'exercer, au vœu des Traités, que dans la phase préparatoire des révisions, alors que la décision proprement dite est réservée à l'accord unanime des représentants des six états membres, il est douteux que l'on puisse aller jusqu'à considérer comme inefficaces des révisions opérées en dehors des procédures prévues par les Traités, si tant est que le exigences de l'accord mutuel et de la ratification de la part des États membres ont été respectées". (*L'ordre juridique des Communautés Européennes. Études des sources ...*, op. cit., pp. 62-63). Igualmente, IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: "Etant donné que le Conseil est composé par des représentants des gouvernements des Etats membres et que, dans le cas des Traités de Rome, la consultation préalable de l'Assemblée par le Conseil- et, le cas échéant, de la Commission- n'a qu'une portée superficielle puisque le résultat n'oblige pas le Conseil, il est permis de conclure que la procédure générale de modification de Traités Communautaires ne diffère pas de la procédure classique en droit international" ("La nature juridique du droit communautaire". *CDE*. 1980, n° 5-6, p. 511).

relaciona directamente con la naturaleza del Tratado comunitario como Tratado de integración³³⁸ y, por ende, con la Comunidad de este tipo creada por él.

Como Tratado de integración, el TCEE se fundaba sobre la atribución del ejercicio de competencias soberanas por los Estados miembros a la Comunidad, ejercidas por cada una de sus instituciones según correspondiera, y sobre la articulación entre esas competencias y las pertenecientes a los Estados miembros para la consecución de determinados objetivos comunitarios³³⁹. En consecuencia, las competencias de las instituciones en el proceso de revisión del Tratado no eran pues un elemento accesorio o formal sino sustancial dentro de él unido a la propia naturaleza de la Comunidad.

En el caso del Consejo, esta participación se traducía en el poder de convocatoria de la Conferencia intergubernamental para la revisión del Tratado; el Consejo, representante de los intereses estatales, no era equiparable ni sustituible por una Conferencia intergubernamental: las decisiones podían adoptarse por mayoría, como era este caso, rasgo característico de un sistema de integración, y en sus deliberaciones estaba presente otra institución comunitaria, la Comisión³⁴⁰.

³³⁸ Como dice LOUIS, J.V., "L'intervention des institutions est en rapport direct avec la nature des traités communautaires. (...) Il importe plutôt qu'un traité d'intégration comportant une structure institutionnelle développée ne puisse être révisé sans y associer - association dont on peut regretter le caractère limité- les institutions auxquelles incombe la réalisation des tâches confiées à la Communauté (traité CEE, article 4 [actual art. 7])" ("Quelques considerations sur la revision des Traités instituant les Communautés". *CDE*, 1980, n° 5-6, p. 554).

³³⁹ Vid. PESCATORE, P. *L'ordre juridique des Communautés Européennes. Étude des sources...*, op. cit., p. 164.

³⁴⁰ A juicio de MÉGRET, J. hay tres elementos que diferencian profundamente el Consejo como institución comunitaria de una conferencia intergubernamental: 1.- Los actos del Consejo no siempre son tomados por unanimidad; 2.- En las deliberaciones del Consejo está presente la Comisión; 3.- Las posiciones de los Estados miembros en el proceso de elaboración de los actos del Consejo ya no se determinan unilateralmente sino en función de las posiciones de los otros. ("La spécificité du Droit communautaire". *Revue internationale de Droit Comparé*. 1967, vol. 19, pp. 567- 569). Vid. también PESCATORE, P. *Derecho de la integración: nuevo fenómeno de las relaciones internacionales*. Argentina: INTAL, 1973, pp. 8-9.

La participación del Parlamento y, en su caso, de la de la Comisión, consistía en la emisión de un dictamen no vinculante sobre dicha reunión; mediante su participación se garantizaba la presencia de otros intereses en el proceso de revisión, además de los puramente estatales, si bien no se imponían a ellos: el interés comunitario representado por la Comisión y el interés de los pueblos de los Estados miembros representado por el Parlamento. En particular, el interés común representado por la Comisión, era la base previa sobre la que se construía la propia Comunidad: sin interés común, no había Comunidad³⁴¹. El Parlamento Europeo, por su parte, era el mecanismo de los pueblos para participar en el ejercicio del poder, reflejo, en definitiva, del esencial principio democrático de la Comunidad³⁴².

Por estas razones, al Derecho comunitario no le resultaba indiferente la participación o no de las instituciones comunitarias en el procedimiento de revisión del TCEE: una revisión del TCEE que no respetara las prerrogativas de las instituciones no vendría sino a quebrantar la característica fundamental de la Comunidad de la que derivaban todas las demás, ser una organización de integración y no de cooperación. Esto significa que una revisión del TCEE solo podía hacerse mediante acuerdo unánime de los Estados miembros, previa convocatoria del Consejo después de haber oído la opinión del Parlamento Europeo y, en su caso, de la Comisión; el procedimiento concreto establecido

³⁴¹ Vid.: PESCATORE, P. *Derecho de la integración: nuevo fenómeno...*, op. cit., p. 42; SIMON, D. *Le système juridique...*, op. cit., pp. 51-54..

³⁴² La importancia del principio democrático en la Comunidad venía consagrado por el Preámbulo del AUE cuando se refería al Parlamento Europeo como “un medio de expresión indispensable” en la construcción europea. Por su parte, la jurisprudencia del TJCE calificaba de *principio democrático fundamental* la prerrogativa del Parlamento Europeo de ser consultado preceptivamente en los procedimientos normativos comunitarios que así lo exigieran, aunque su resultado no fuera vinculante (vid., por ejemplo, STJCE de 29 de octubre de 1980, as. 139/79, *Maizena GmgH vs. Council*, Rec. 1980, pp. 3393-3426, pár. 33). Si, como dice JACQUÉ, J-P., el TJCE se ha ocupado de sancionar la ausencia de consulta al Parlamento Europeo, independientemente de que esta no fuera vinculante “pourrait-elle accepter le non-respect de la consultation pour cet acte majeur qu’est une révision?”. No lo parece (“Cours général ...”, op. cit., pp. 272); en el mismo sentido parecen pronunciarse WEILER, J.H.H. y MODRALL, J. “The creation of the European Union ...”, op. cit., p. 166.

por el art. 236 TCEE había de ser obligatoriamente respetado en todas sus fases, incluida aquélla que parecía aparentemente menos importante, la fase institucional, por contener precisamente ésta en sí misma elementos esenciales o consustanciales a la Comunidad. La consulta a las instituciones comunitarias se hace, pues, obligatoria y no facultativa, independientemente de su carácter consultivo³⁴³.

Sin embargo, el origen internacional del TCEE es la base sobre la que se apoyaba la parte de la doctrina que afirmaba la posibilidad de que los Estados miembros decidieran una revisión de este Tratado de acuerdo con el art. 39 Cv. Viena y al margen del procedimiento expresamente prescrito por el Tratado comunitario, esto es, prescindiendo de la participación de las instituciones en dicho procedimiento³⁴⁴. Ello, a pesar de que el art. 40 Cv. Viena condiciona el mecanismo del art. 39 a que el Tratado en cuestión no disponga otra cosa, y a pesar de que su art. 5, al establecer el ámbito de aplicación de la Convención, dice que ésta se aplicará a todo Tratado constitutivo de una organización internacional y a todo Tratado adoptado en una organización internacional “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización”. Estos artículos no podían poner en cuestión el procedimiento del art. 39 Cv. Viena para quienes lo calificaban de norma de *ius cogens* internacional. Este artículo permitiría, pues, a juicio de esta doctrina, revisar cualquier Tratado por el procedimiento general, es decir, por acuerdo unánime de las Partes, al margen de lo prescrito por el Tratado en cuestión de que se tratara³⁴⁵; así, cualquier procedimiento

³⁴³ Posiblemente en este sentido, y sólo en éste, en comparación con el papel que desempeña la conferencia intergubernamental el papel del Parlamento Europeo y de la Comisión puede calificarse de *secundario* (vid. MARÍÑO MENÉNDEZ, F.M. “Integración flexible en la Unión Europea: el marco del Tratado de Amsterdam”. En *Acción exterior de la Unión Europea y comunidad internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1998, p. 64).

³⁴⁴ Vid. DELIEGE-SEQUARIS, M. “Revision de Traités Européens ...”, op. cit., p. 550; DE VISSCHER, P. “La Communauté Européenne du Charbon ...”, op. cit., pp. 17-18.

³⁴⁵ DELIEGE-SEQUARIS, M. “Revision de Traités Européens ...”, op. cit., pp. 545-550.

particular (es decir, establecido en el Tratado de una organización internacional y diferente del general) podría no ser utilizado si las partes unánimemente así lo desearan. El procedimiento general prevalecería siempre, además, contra cualquier procedimiento que lo dificultara³⁴⁶.

Ahora bien: aunque el TCEE encontraba su enraizamiento en el Derecho internacional público, su evolución, especialmente a través de la jurisprudencia del TJCE, llevó a la afirmación de una determinada especificidad o particularidad de su Derecho respecto del Derecho internacional público³⁴⁷.

³⁴⁶ En opinión de DELIEGE-SEQUARIS, M. "... les conventions internationales, y compris celles qui mettent en place des *organisations internationales*, doivent pouvoir être facilement adaptées aux réalités qu'elles veulent réglementer, sous peine de perdre leur efficacité" y, cuando se trata de convocar una conferencia internacional para revisar el TCEE, "Considérer que pareille conférence ne peut être réunie que su convocation du président du Conseil après que ce dernier, ayant consulté l'Assemblée et le cas échéant la Commission [...], ait émis un avis favorable relativement à cette réunion, aboutit toutefois à entraver la modification par accord unanime" ("Revision de Traités Européens ...", op. cit., p. 547 y vid. pp. 545-548) (la cursiva es nuestra). Esta afirmación merece, sin embargo, algunas consideraciones: como dice LOUIS, J-V., la participación de las instituciones en la revisión del TCEE no sólo no parece dificultar dicha revisión sino, más bien al contrario, puede llegar a facilitarla; además, continua LOUIS, J-V. no es este un mecanismo que se oponga al procedimiento de revisión de Derecho internacional, en cuanto que, como en él, la decisión final es de los Estados ("Quelques considerations sur la revision ...", op. cit., p. 554). Por otra parte, ha sido precisamente una interpretación teleológica del Tratado, tendente a la consecución de las finalidades del Tratado y a hacerlo eficaz, la que ha servido en buena parte al TJCE para realzar la especificidad del ordenamiento jurídico comunitario en relación al ordenamiento jurídico internacional y que ha dado lugar, entre otras cosas, a la concepción del procedimiento de revisión de los Tratados comunitarios previsto en el art. 236 TCEE como un procedimiento específico y exclusivo donde la fase comunitaria o institucional es obligatoria (para una visión general sobre la interpretación del Derecho comunitario que ha venido haciendo el TJCE pueden verse, BREDIMAS, A. "Methods of interpretation and community Law. Amsterdam, New York, Oxford: North Holland Publishing company, 1978, esp. pp. 33-150; HARTLEY, T.C. *Constitutional problems* ..., op. cit., 195 pp.; RASMUSEN, H. *On law and Policy in the European Court of Justice. A comparative Study in judicial policymaking*. Dordrecht/Boston/Lancaster: Nijhoff, 1986, 555pp.).

³⁴⁷ Como dice HARTLEY, T.C., el hecho de que un ordenamiento jurídico tenga su origen en otro o derive de él no debe llevar indefectiblemente a considerarlo como inseparable y/o dependiente de aquél (*Constitutional problems* ..., op. cit., pp. 123-148). En este sentido se muestra muy claro SARAGO, L. cuando dice: "E' bensi vero che la nascita degli ordinamenti comunitari è dovuta ad un atto tipico di produzione di norme di diritto internazionale, quale è l'accordo, ma questo fatto non determina, di per sé, la dipendenza, infatti, l'accordo internazionale e quindi del suo ordinamento costituzionale, inteso come complesso di norme che regolano in modo astratto per il futuro la struttura interna dell'ente de il suo modo di funzionare, ma, una volta venuto ad esistenza, l'ente svolge una sua propria vita giurudica, distinta de originaria rispetto al diritto internazionale (...) Pertanto,

Esta especificidad determinó que lo esencial para establecer la exclusividad o no del procedimiento comunitario de revisión del Tratado respecto del internacional no residía ya en el origen de la Comunidad y los Tratados internacionales en los que se apoyaba, sino en el hecho de que las relaciones entre los Estados miembros en el interior de la Comunidad escapaban al Derecho internacional para convertirse en Derecho propio de la Comunidad ajeno a aquél³⁴⁸ y en el hecho de que las relaciones entre los Estados miembros de la Comunidad y ésta, estaban reguladas por un derecho interno, el Derecho comunitario, y no por el Derecho internacional público³⁴⁹. El Derecho comunitario se concebía así como un Derecho autónomo en relación al Derecho internacional público.

Como resultado, aunque desde una óptica exterior y formalmente, el TCEE adoptaba la forma de un Tratado internacional, desde el interior de la

l'accordo degli Stati che dà vita ad un ente internazionale a struttura istituzionale (...) non impedisce che l'ente medesimo, una volta che abbia iniziato a vivere, acquisti autonomia di fronte a qualsiasi soggetto e derivi da se medesimo, cioè a titolo originario il proprio ordinamento". ("I caratteri peculiari degli ordinamenti giuridici delle Comunità Europee". *Rivista di Diritto Europeo*, 1969, n° 3, pp. 180-182). Sin embargo, aun reconociendo esta posibilidad, HARTLEY, T. C. ha criticado claramente la construcción jurisprudencial del TJCE a este respecto, considerándola completamente *artificial*. (*Constitutional problems ...*, op. cit., pp. 22-42 y 129-139, especialmente pp. 138-139).

³⁴⁸ JACQUÉ, J.P. "Cours général ..., op. cit., especialmente pp. 256 y 259; Id., "La Constitution de la Communauté Européenne". En FLAUSS, J.F. (Dir.). *Actes du Colloque des 18 et 19 juin 1993, 40^a anniversaire de l'Institut des Hautes Études Européennes, Université Robert Schuman*. Strasbourg, RUDH, 1995, especialmente pp. 398.

³⁴⁹ Por esta razón las referencias al Derecho internacional Público en las relaciones intracomunitarias por parte del TJCE han sido más bien escasas; vid. DA CRUZ VILAÇA, J.L.; PIÇARRA, N. "Y-a-t-il des limites matérielles...", op. cit., p. 14; JACQUÉ, J.P. "Cours général ..., op. cit., p. 259; JACOT-GUILLARMOD, O. "Droit Communautaire et droit international ..., op. cit., p. 42. Hace además este autor una cita de VANDERSANDEN y BARAV en "Contentieux communautaire", Bruxelles: Bruylant, 1977, p. 197: "La reconnaissance de certains principes par le droit international ou par le droit interne des Etats membres ne justifie pas à elle seule leur transposition dans l'ordre juridique communautaire. Encore faut-il que ces principes soient compatibles avec la nature des Communautés". Sin embargo, a juicio de TIMMERMANS Ch., dicha tendencia se ha corregido una vez que ha quedado suficientemente clara la autonomía del Derecho comunitario respecto del Derecho internacional público (vid. "The EU and Public International Law". *European Foreign Affairs*. 1999, n°2, vol. 4, pp. 181-194).

Comunidad y materialmente tenía carácter constitucional³⁵⁰. El sentido descriptivo de Constitución es aplicable a cualquier Tratado internacional de una Organización por el mero hecho de organizar las relaciones entre las instituciones que establece y un determinado reparto del ejercicio del poder, de modo que cualquier Organización internacional tiene en su Tratado constitutivo una Constitución, su Norma Obligatoria Fundamental, la Norma Básica de la que derivan todas las demás³⁵¹. Sin embargo, sin que eso deje de ser cierto, la consideración de “Constitución” de esos Tratados no puede equipararse a la Constitucionalización del Tratado comunitario en cuanto que ésta significa no sólo lo que acabamos de decir, sino que implica la identificación de unos rasgos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario calificables de propiamente constitucionales³⁵², identificables con un sentido prescriptivo de Constitución³⁵³, y que tienen su origen en la consideración del sistema jurídico

³⁵⁰ En este sentido, BOULOIS, J. “Le Droit des Communautés Européennes”. *RCADI*, 1992, pp. 27-39; CONSTANTINESCO, L. “La spécificité du droit communautaire”. *RTDE*, 1966, n° 2, pp. 8-9; JACQUÉ, J-P. “Cours général ...”, op. cit., pp. 266-267; Id., “La Constitution de la Communauté ...”, op. cit., p. 402; SIMON, D. *Le système juridique ...*, op. cit., p. 35.

³⁵¹ En palabras de MONACO, R. “(...) l’acte institutif d’une organisation internationale est bien un traité internationale (...), mais possède la substance de la constitution: né sur la base d’une convention, il dépasse, avec le temps, son origine formelle, jusqu’à devenir une constitution de durée indéterminée dont le développement déborde le cadre à l’intérieur duquel elle avait été initialement conçue” (“Le caractère constitutionnel des actes institutifs d’organisations internationales” en *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris: A. Pedone, 1974, p. 154). En el mismo sentido, BERNHARDT, R. “Las fuentes ...”, op. cit., pp. 73-74; BOULOIS, J. “Le Droit...”, op. cit., pp. 27-29; GERKRATH, J. *L’émergence d’un droit constitutionnel pour l’Europe*. Bruxelles: ULB, 1997, p. 111; SCHERMERS, H.G. *International Institutional Law*. The Hague, London, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 710-711; WAELEBROECK, M. “Peut-on parler d’un droit ...”, op. cit., pp. 75-76.

³⁵² Vid. DAGTOGLOU, P. “Naturaleza jurídica de la Comunidad Europea”, en *Treinta años de Derecho comunitario*. Luxemburgo: OPOCE, 1984, pp. 42-43; GERKRATH, J. *L’émergence d’un droit constitutionnel ...*, op. cit., especialmente pp. 117-139; JACQUÉ, J.P. “Cours général ...”, op. cit., pp. 265 y 266 y ss; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G-C. “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Abril-mayo 1999, n° 200, p. 2; SIMON, D. *Le système juridique*, op. cit., p. 37.

³⁵³ Díez-PICAZO, L.M. “Reflexiones sobre la idea de constitución europea”. *RIE*. 1993, n° 2, vol. 20, pp. 544 y ss, especialmente pp. 544-545 en relación con pp. 549 y 550.

comunitario nacido del Tratado como un sistema jurídico autónomo en relación con el Derecho internacional público³⁵⁴.

Inicialmente la Comunidad constituía “*un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional*”, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales”³⁵⁵. Posteriormente esta especificidad del ordenamiento jurídico comunitario deducida “a partir de los objetivos del Tratado, de la configuración institucional de la Comunidad y de su organización judicial”³⁵⁶ se confirmó, alejándolo de su configuración como ordenamiento jurídico nuevo de Derecho internacional al decir que, “...*a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros* desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales. Que, en efecto, al constituir una Comunidad de

³⁵⁴ CONSTANTINESCO, L. “La spécificité ...”, op. cit., pp. 8-9; JACQUÉ, J-P. “Cours général ...”, op. cit., pp. 259; SIMON, D. *Le système juridique* ..., op. cit., p. 39.

³⁵⁵ STJCE de 5 de febrero de 1963, as. 26/62, *N.V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos Administration Fiscale Néerlandaise*, Rec. 1963, pp. 5-28, p. 23. La cursiva y la traducción son nuestras.

³⁵⁶ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G-C. “Consideraciones sobre la formación”, op. cit., p. 12. El TJCE descartó en el caso *Van Gend & Loos* una interpretación del Tratado basada en el criterio de la intención de las Partes en el momento de su celebración y ofreció en su lugar una interpretación sobre la base del espíritu, economía y términos del Tratado haciéndose eco de la opinión de la Comisión cuando en este caso decía que de la estructura y sistema jurídico establecido por el Tratado se desprendía que las Partes tenían intención de establecer un sistema de Derecho comunitario que debía ser aplicado de forma efectiva y uniforme en todo el territorio de la Comunidad, por lo que, a diferencia de lo que ocurría con el resto de Tratados internacionales, el Derecho comunitario no podía estar determinado por el derecho nacional de cada Estado miembro, sino sólo por sí mismo (vid. STJCE 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*..., cit., pp. 14-15). Entre una interpretación estática, típica del derecho internacional público y una interpretación dinámica adaptada a las exigencias de los objetivos fijados en el Tratado con una visión de futuro, se optó por esta última. CONSTANTINESCO, L., ya manifestó con anterioridad a la Sentencia *Van Gend & Loos* que la interpretación del Tratado debía hacerse “non selon le principes généraux du droit international public, mais selon la finalité du Traité, et la nature spéciale de la Communauté qui, dans les limites du Traité, possède un pouvoir régalién” (“Contribution au problème des rapports entre l’ordre juridique de la Communauté et l’ordre juridique interne des États membres”. *Actes officiels du Congrès international d’études sur la Communauté Européenne su Charbon et de l’acier*. Milan-Stressa, 31 mai-9 juin. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957, Vol. II, p. 218).

duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más particularmente, de poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y han creado así un cuerpo de Derecho aplicable a sus nacionales y a ellos mismos”³⁵⁷. Así, el TCEE constituía “*algo más que un acuerdo que crea obligaciones mutuas entre los Estados contratantes*”³⁵⁸, desbordando el marco del Derecho internacional público al configurar un “*ordenamiento jurídico nuevo que regula los poderes, derechos y obligaciones de tales sujetos [destinatarios] así como los procedimientos necesarios para constatar y sancionar cualquier eventual violación*”³⁵⁹.

En definitiva, si bien el sistema de normas que caracterizaba ese Derecho comunitario se fundaba en Tratados internacionales, estos habían constituido una Comunidad de Derecho que se regía por sus propias normas, ajenas en su mayoría al Derecho internacional público y al Derecho de los Estados miembros, en la que ni sus instituciones ni los Estados miembros podían disponer de tal Derecho como mejor les pareciera: “*La Comunidad Económica Europea es una comunidad de derecho en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado*”³⁶⁰. Esto significa que no había actos de los poderes públicos comunitarios o nacionales que pudieran escapar al control de conformidad con el Tratado, que el Derecho comunitario era un Derecho obligatorio y supremo para los Estados

³⁵⁷ STJCE de 15 de julio de 1964, as. 6/64, *M. Flaminio Costa vs. E.N.E.L*, Rec. 1964, pp. 1145-1168, pp. 1158-1159. La cursiva y la traducción son nuestras.

³⁵⁸ STJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*... cit. p. 23. La traducción y la cursiva son nuestras.

³⁵⁹ STJCE de 13 de noviembre de 1964, *M. Flaminio Costa*... op. cit. p. 1232. La cursiva es nuestra.

³⁶⁰ STJCE de 23 de abril de 1986, as. 294/83, *Parti écologiste Les Verts vs. Parlement Européen*, Rec. 1986, pp. 1357-131373, pár. 23.

miembros, y no tenía “carácter dispositivo”³⁶¹, ni respecto de sus acciones individuales, ni de las colectivas. Así pues, “...el Tratado CEE, *aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho.*”³⁶².

La imposibilidad de revisar el TCEE conforme a las normas del Derecho internacional público y con exclusión de las Comunitarias tenía su origen, pues, en la autonomía del Derecho comunitario respecto del Derecho internacional público³⁶³.

³⁶¹ Vid. STJCE de 23 de febrero de 1988, as. 68/86, *Reino Unido de Gran Bretaña vs. Consejo*, pp. 892-903, pár. 38.

³⁶² Dictamen 1/91 del TJCE de 14 de diciembre de 1991, emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado CEE sobre el “Proyecto de acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo”, Rec.1991, pp. 6079-6112, pár. 21.

³⁶³ DA CRUZ VILAÇA, J.L.; PIÇARRA, N. “Y-a-t-il des limites matérielles ...”, op. cit., pp. 14-16; DÍEZ-PICAZO, L.M. “Reflexiones sobre la idea ...”, op. cit., pp. 533-537; JACOT-GUILLARMOD, O. “Droit Communautaire et droit international ...”, op. cit., p. XXVII y pp. 11, 41-42 y 45-47; JACQUÉ, J.P. “Cours général ...”, op. cit., especialmente pp. 256-260 y 267-273; Id., “La Constitution de la Communauté ...”, op. cit., pp. 397-399 y 402-404; LAMBERS, H.J. “Les clauses de révisions des Traités ...”, op. cit., pp. 602-604; LASOK, D. “The Communities: the scope of the Treaties”, en VAUGHAN, D. (Ed.) *Law of the European Communities*. London: Butterworths, 1986, p. 51; LOUIS, J.V. “Quelques considerations sur la révision ...”, op. cit., pp. 554-557; Id., “La révision des traités et l’Union Européenne”, en MIROIR, A. (Ed.) *Pensée et construction Européennes. Hommage à Georges Goriely*. Bruxelles: CERIS, 1990, p. 195; SIMON, D. “Commentaire article 236 TCEE”, en CONSTANTINESCO, V.; KOVAR, R.; JACQUÉ, J.P.; (et al.) (Dirs.). *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1992, pp. 1546-1547. En opinión de BERNHARDT, R. la razón de la obligada utilización de los procedimientos de revisión prescritos por los Tratados comunitarios estaría más en la finalidad y los objetivos de tales Tratados que en la *pretendida* autonomía del Derecho comunitario respecto del internacional, pues ésta tendría su base en la interpretación de aquéllos (“Las fuentes ...”, op. cit., p. 80). Por su parte, CATTABRIGA, Ch. se muestra a favor de la exclusividad del procedimiento expresamente previsto por el Tratado aunque considera que se justificaría más en las exigencias de estabilidad y democracia que en la “constitucionalización” de los Tratados en cuanto que ciertas constituciones internas no necesariamente contemplan sus procedimientos de revisión de forma rígida; mientras CATTABRIGA, Ch. pone el acento en los diferentes tipos de constitución, el resto de autores contrapone directamente constitución y Tratado internacional (*La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, especialmente pp.283-303). En contra de la exclusividad de los procedimientos del art. 236 del TCEE sobre la base de la autonomía del Derecho comunitario aunque sin descartar la evolución futura hacia ella se pronunciaba WAELBROECK, M. en 1964 (“Contribution à l’étude de la nature juridique ...”, op. cit., pp. 515-516).

De todo esto resulta que en esta Comunidad Europea, Comunidad de Derecho en la que las normas del Tratado no estaban a disposición de los Estados miembros ni de sus instituciones, una revisión de su Norma Fundamental sólo podía hacerse por los mecanismos de revisión expresamente previstos por el propio Tratado³⁶⁴, con exclusión de los mecanismos de Derecho internacional público y de cualesquiera otros que explícita o implícitamente pudiera tener como objetivo una revisión³⁶⁵; la especificidad del Derecho comunitario, concretamente en sus manifestaciones de primacía y la particular función del TJCE como garante de aquél, elementos calificables de esenciales o inherentes a la naturaleza de la Comunidad como Comunidad de integración³⁶⁶, eran la causa de la exclusividad del procedimiento de revisión previsto por el TCEE.

El TJCE no tuvo ocasión de pronunciarse sobre actos de los Estados miembros adoptados con la exclusiva intención de revisar el Tratado comunitario a través de un procedimiento puramente intergubernamental, es decir, al margen de toda fase institucional. Sin embargo, en pronunciamientos relativos a actos convencionales realizados por los Estados miembros o actos de las instituciones comunitarias, el TJCE no perdió la oportunidad de afirmar la exclusividad del procedimiento previsto por el TCEE como mecanismo para su revisión, ya fuera expresamente al decir que “una modificación del Tratado no puede resultar -sin perjuicio de disposiciones específicas- más que de una

³⁶⁴ En contra, sin matices, de la exclusividad de dicho procedimiento ISAAC, G. *Manual de Derecho comunitario General*, Barcelona: Ariel, 2000, p. 184.

³⁶⁵ Estamos pensando en acuerdos de la Comunidad con terceros Estados u organizaciones internacionales, actos del art. 235 TCEE (posterior art. 235 TCE, actual art. 308 TCE), actos del art. 220 TCEE (posterior art. 220 TCE, actual art. 293 TCE), acuerdos de adhesión, declaraciones o resoluciones del Consejo Europeo y de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, así como, por supuesto, el consentimiento implícito o explícito a un incumplimiento.

³⁶⁶ Sobre las razones para utilizar estos calificativos respecto de la primacía y la función del TJCE, vid., *Infra*, Sección II, Epígrafe B), Punto 3.

revisión realizada de conformidad con el artículo 236 [TCEE]”³⁶⁷, ya fuera implícitamente, negando la posibilidad de revisar ese Tratado válidamente a través de cualquier otro procedimiento que no respondiera a lo prescrito en el Tratado³⁶⁸.

³⁶⁷ STJCE de 8 de abril de 1976, as. 43/75, *Gabrielle Defrenne vs. SABENA*, Rec. 1969, pp. 457-483, párs. 57-58. Vid. también, por ejemplo, el Dictamen 1/92 del TJCE de 10 de abril de 1992 emitido con arreglo al párrafo 2º del apartado 1 del artículo 228 del TCEE en relación al proyecto de acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo, en donde el Tribunal dijo que “las competencias que el Tratado confiere al TJCE sólo pueden ser modificadas a través del procedimiento previsto en su art. 236”. Rec. 1992, pp. 2821-2846, pár. 32. En la STJCE de 6 de abril de 1995, as. acum. C-241/91 P y C-24/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE) y Independent Television Publications LTD (ITP) vs. Comisión*, el Tribunal dijo que “las disposiciones de un Convenio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado o, en su caso, con anterioridad a la adhesión de un Estado miembro, convenio al que se aplica el art. 234 del Tratado, no podía invocarse para limitar la competencia de la Comunidad, tal como la establece el TCEE, puesto que éste sólo podría revisarse conforme al procedimiento del art. 236”. (Rec. 1995, pp. 808-838, pár. 86).

³⁶⁸ En relación a las declaraciones y resoluciones tomadas de común acuerdo por los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y por el Consejo Europeo: “...il est demandé si la résolution du Conseil du 21 avril 1970 peut modifier la portée des dispositions de l'article 37, paragraphe 1, du traité, (...) attendu que ladite résolution, qui exprime essentiellement la volonté politique du Conseil et des gouvernements français et italien de mettre fin à une situation contraire à l'article 31, paragraphe 1, ne saurait produire des effets opposables aux justiciables; que en particulier, l'échéance mentionnée dans la résolution ne peut prévaloir sur celle inscrite dans le traité” (STJCE de 3 de febrero de 1976, as. 59/75, *Pubblico Ministero vs. Flavia Manghera et autres*, Rec. 1976, pp. 91- 109, párs. 19 y 21)). En relación a las disposiciones de las Actas de Adhesión, éstas “doivent être interprètes en tenant compte des fondements et du système de la Communauté, tels qu'ils ont été fixés par le traité”, y las finalidades de las Actas de Adhesión no son sino facilitar a los nuevos Estados miembros su adaptación a las reglas en vigor en el seno de la Comunidad (STJCE de 29 de marzo de 1979, as. 231/78, *Comisión vs. Royaume Uni*, Rec. 1979, pp. 1447-1463, párs 11 y 12). La conclusión de un acuerdo internacional por la Comunidad no podría tener por efecto “un abandon de l'autonomie d'action de la Communauté dans ses rapports extérieures et une modification de la constitution interne de la Communauté par l'alteration d'éléments essentiels de la structure communautaire en ce qui concerne tant les prérogatives des institutions que la position réciproque des États membres.(...)”; un acuerdo de la Comunidad que “risquerait en effect de désintégrer progressivement l'oeuvre communautaire et ceci de manière irréversible, compte tenu du fait qu'il s'agira chaque fois d'engagements pris à l'égard d'États tiers. C'est pour de telles considérations qu'un jugement négatif a fini par prévaloir au sein de la Cour en ce qui concerne cet aspect projet” (Avis de la Cour du 26 avril 1977 rendu en vertu de l'article 228 paragraphe 1, alinea 2, du Traité CEE “Projet d'Accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure”, párs. especialmente 12 y 14, Rec. 1977, pp. 741-762, pp. 757-758); el propio art. 228.1.2º pár. TCEE (posterior art. 228.6 TCEE, modificado, actual art. 300.6) se refería a que en caso de incompatibilidad se hacía necesaria una revisión del TCEE de acuerdo con el art. 236 TCEE

Desafortunadamente, no existía mecanismo comunitario alguno para que pudiera ser declarada jurídicamente inválida o nula una revisión del Tratado operada mediante un procedimiento distinto al prescrito³⁶⁹; la única vía que quedaba abierta era la de su inaplicación, su no eficacia, a partir de las funciones que el propio Tratado encomendaba al TJCE en los arts. 169 y 170 TCEE, o a través de la cuestión prejudicial, vía art. 177 TCEE³⁷⁰.

para que el Tratado celebrado con Terceros pudiera entrar en vigor (habiendo de entenderse incluidos aquí los acuerdos mixtos en las disposiciones de dichos acuerdos relativas a ámbitos de competencia comunitaria y los acuerdos de asociación (art. 238.3ª TCEE, posterior art. 238 TCE, actuales arts. 301 y 310). Sobre los acuerdos del art. 220 TCEE (posterior art. 220 TCE, actual art. 293), “...Atendu qu’aux termes de l’article 220 du Traité CEE, les États membres sont tenus d’engager entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d’assurer, en faveur de leurs ressortissants, l’établissement de règles qui, dans les divers domaines énumérés à cette disposition, sont destinés à faciliter la réalisation d’un marché commun (...) la convention doit être interprété en tenant compte, à la fois, du système et des objectifs qui lui sont propres et de son lien avec le traité (...) de façon (...) à assurer à celle-ci sa pleine efficacité dans la perspective des objectifs de l’article 220 du Traité”. STJCE de 6 de octubre de 1976, as. 12/76, *Industrie Tessili Italiana Como vs. Dunlop AG*, Rec. 1976, pp. 1473-1487, párs. 9 y 11. En el mismo sentido han de entenderse los acuerdos entre Estados miembros concluidos para la aplicación de acuerdos externos comunitarios así como los relacionados con el funcionamiento de la Comunidad o su acción. Por su parte, “...el artículo 235 [TCE, ex art. 235 TCEE, y actual art. 308] tiene por objeto suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten no obstante necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr algunos de los objetivos establecidos por el Tratado. Al ser parte integrante de un orden institucional basado en el principio de las competencias de atribución, dicha disposición no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, y en particularde las que definen las misiones y acciones de la Comunidad. En cualquier caso, no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una revisión del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo” (Dictamen del TJCE 2/94 dde 28 de marzo de 1996, emitido con arreglo al apartado 6 del artículo 228 del Tratado CE sobre la “Adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Rec. 1996, pp. 1763-1790, párs. 29 y 30).

³⁶⁹ Las revisiones de los Tratados realizadas conforme al art. 236 TCEE no son actos de las instituciones; por esta razón se hacía imposible recurrir al art. 173 TCEE relativo al recurso de anulación (posterior art. 173 TCE modificado, actual art. 230 TCE).

³⁷⁰ Posteriores arts. 169, 170 y 177 TCE, actuales arts. 226, 227 y 234 respectivamente. Vid. BIEBER, R.; KAHIL-WOLFF, B.; MULLER, L. “Cours général...”, op. cit., pp 100-101; BIEBER, R. “Les limites matérielles et formelles ...”, op. cit., pp. 348-349; CAMPINS ERITJA, M. “La revisión del Tratado de la unión Europea”. *GJCE*. 1995, nº D-24, p. 29; DA CRUZ VILAÇA, J.L.; PIÇARRA, N. “Y-a-t-il des limites matérielles ...”, op. cit., p. 18; JACQUÉ, J-P. “Cours général ...”, op. cit., p. 271; PETIT, Y. “Commentaire art. N”,

Ahora bien: si la intención de los Estados miembros fuera la de cambiar la naturaleza de la Comunidad tal y como estaba constituida a partir del Tratado comunitario mediante un nuevo Tratado, esto es, por ejemplo, su transformación en una Federación, Confederación o Estado unitario, dicho nuevo Tratado no habría de ver la luz necesariamente según el procedimiento expresamente previsto para la revisión de aquel Tratado comunitario. La razón estaría en que el art. 236 TCEE, al referirse al producto de la revisión del Tratado con los vocablos *enmiendas* y *modificaciones*, estaría disponiendo la supervivencia del sistema establecido, y no su sustitución por otro; es decir, el procedimiento previsto por el art. 236 TCEE respondería a un funcionamiento y naturaleza determinados de la Comunidad y alterando esta naturaleza no sólo se incorporarían ciertos cambios a la Comunidad ya existente, sino que se construiría una nueva³⁷¹.

El nuevo Tratado de la Comunidad que vio la luz en 1992 siguió rigurosamente el procedimiento prescrito por el art. 236 TCEE para su revisión³⁷².

en CONSTANTINESCO, V.; KOVAR, R; SIMON, D. (Dirs.) *Traité sur l'Union Européenne: (signé à Maastricht le 7 février 1992) Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1995, p. 882.

³⁷¹ Vid. BERNHARDT, R. "Las fuentes ..., op. cit., p. 81; JACQUÉ, J-P. "Cours général ..., op. cit., pp. 271; WEILER, J.H.H.; MODRALL, J. "The creation of the European Union ..., op. cit., pp. 166 y 170-175. BERNHARDT, R. ha añadido a estos casos la adopción de "disposiciones que completan los Tratados y que tienen en cuenta situaciones nuevas, respetando al mismo tiempo los principios y objetivos básicos de la constitución"; a su juicio estas disposiciones podrían adoptarse al margen del procedimiento expresamente previsto ("Las fuentes ..., op. cit., p. 81). Sin embargo, a la vista de la jurisprudencia del TJCE en el caso Defrenne, aunque la pretensión y el efecto sean completar, no se produce ninguna alteración en la Comunidad como para utilizar otro procedimiento que no sea el expresamente previsto; vid. en este sentido, CATTABRIGA, Ch. *La Corte di Giustizia* ..., op. cit., pp. 298-299; Id., Limiti materiali alla revisione comunitaria: il caso dei Protocolli allegati al Trattato di Maastricht. *Rivista di Diritto Europeo*. 1994, nº2, pp. 261; JACQUÉ, J-P. "Cours général ..., op. cit., p. 272.

³⁷² Sobre el transcurso y los acontecimientos de la Conferencia intergubernamental pueden verse, por ejemplo: CORBETT, R. *The Treaty of Maastricht*. Essex: Longman Current Affairs, 1993, pp. 12-76; CLOOS, J.; REINESCH, G.; VIGNES, D.; (et al.). *Le Traité de*

SECCIÓN 2: ASPECTOS JURÍDICOS MATERIALES DE LA REVISIÓN DEL TCEE.

A) La revisión del Tratado y el *ius cogens* internacional.

Acabamos de ver que las relaciones intracomunitarias, esto es, de los Estados miembros entre sí dentro de la Comunidad y con ésta, se regían por su propio Derecho, el Derecho comunitario, y no por el Derecho internacional público. Consecuencia de ello era la obligatoriedad de realizar una revisión del TCEE conforme a lo expresamente previsto por éste y al margen de las normas de Derecho internacional público general.

Ahora bien: dado que antes de 1992 el Tratado comunitario no se refería a límite material alguno en su revisión ¿significaba esto que los Estados miembros podrían realizar una modificación del TCEE acorde con el procedimiento formalmente previsto en él pero cuyo contenido fuera incompatible con una norma de *ius cogens* internacional?. Se trata de saber, en definitiva, si el Derecho comunitario originario podría ser contrario a una norma de *ius cogens* internacional o, lo que es lo mismo, cuál sería la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional público, no ya cuando el primero resultara diferente al segundo³⁷³, sino cuando resultara incompatible con una norma de *ius cogens* internacional.

Las normas internacionales de *ius cogens* son aquellas normas generales del Derecho internacional público que “no pueden ser derogadas ni modificadas por acuerdos internacionales sino, en todo caso, por otras normas que posean su misma naturaleza. Más aún, los acuerdos contrarios a ellas serían nulos de

Maastricht. *Genèse, Analyse, Commentaires*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1994, pp. 73-101; CURTI GIALDINO, C. *Il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea. Genesi, struttura, contenuto, proceso de ratifica*. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato-Libreria dello Stato: Roma, 1993, pp. 3-13; LAURSEN, F. VANOOKNACKER, S. *The Intergovernmental Conference on Political Union. Institutional Reforms, new policies and identity of the European Community*. Maastricht: EIPA, 1992, 505 pp.

³⁷³ Sobre esta cuestión ya hemos hablado al tratar los límites formales a la revisión del TCEE (Vid., *Supra*, Sección 1, Epígrafe B)).

pleno derecho”³⁷⁴. En Derecho internacional público, el único límite material al poder de los Estados miembros para celebrar y revisar Tratados internacionales, viene establecido por la oposición de estos con una norma imperativa de Derecho internacional general o *ius cogens* internacional, que produce la nulidad del Tratado (arts. 53 y 64 Cv. Viena). En consecuencia, y puesto que la Comunidad tenía su origen en una norma jurídico-internacional de carácter convencional como era el Tratado comunitario, si de él o del que lo revisara se desprendiera un contenido contrario a alguna norma de *ius cogens* internacional, sería nulo. Así, un acuerdo de los Estados miembros adoptado en el respeto de los procedimientos formales de revisión de los Tratados comunitarios pero incompatible con el *ius cogens* internacional, produciría la nulidad del Tratado que revisaba el anterior Tratado de la Comunidad.

Ahora bien: la existencia de límites materiales (y formales) a la revisión del Tratado comunitario, al establecer restricciones a la libre voluntad de los Estados miembros en esta materia, ¿sería contraria al *ius cogens* internacional?³⁷⁵. No³⁷⁶, no lo parece por varias razones: en primer lugar, porque el Derecho internacional público ya no concibe la soberanía como algo absoluto e indivisible, sino que admite que los Estados atribuyan a entes terceros competencias soberanas³⁷⁷; en segundo lugar, porque es un contrasentido mantener que la prohibición de establecer límites materiales a la revisión del Tratado comunitario está establecido por una norma de *ius cogens*

³⁷⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. *Derecho internacional público*, ... op. cit., p. 70.

³⁷⁵ El establecimiento de límites formales a la revisión del TCEE tiene su origen, como en breve veremos, en la existencia de límites materiales a dicha revisión. Por eso, cuando nos preguntamos si la limitación a los Estados miembros para no aplicar determinadas normas de Derecho comunitario es contraria al *ius cogens* internacional, incluimos entre tales limitaciones que los Estados miembros no puedan decidir una revisión del Tratado por simple unanimidad conforme al art. 39 Cv. Viena, prescindiendo de la fase institucional previa que prescribía el art. 236 TCEE.

³⁷⁶ BIEBER, R.; KAHIL-WOLFF, B.; MULLER, L. “Cours général ...”, op. cit., p. 96; BIEBER, R. “Les limites matérielles et formelles ...”, op. cit., p. 347.

³⁷⁷ Vid. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. *Derecho Internacional Público* ..., op. cit., p. 90.

internacional cuando las propias normas de *ius cogens* internacional son precisamente ellas mismas un límite material³⁷⁸; en tercer lugar porque, a pesar de que no existe acuerdo general sobre el mecanismo de identificación de las normas de *ius cogens*, no parece que entre ellas se encuentre una que prohíba el establecimiento de límites materiales a la celebración y modificación de Tratados en casos determinados, restringiendo la libertad de acción de los Estados partes³⁷⁹.

B) La revisión del Tratado y el *ius cogens* comunitario.

1) La relación entre límites formales y materiales a la revisión del Tratado.

Como vimos, la exclusividad del procedimiento de revisión del TCEE, se justificaba en la autonomía y especificidad del Derecho comunitario, en particular en sus manifestaciones de primacía y de la función particular del TJCE como garante de su cumplimiento. El desconocimiento por cualquier revisión del Tratado comunitario de tales elementos calificables de *esenciales, consustanciales o inherentes* a la Comunidad, expresión del nivel de integración alcanzado en ella, significaría una regresión en la integración alcanzada que llevaría a la desaparición de la Comunidad tal y como era concebida hasta entonces, afectando a su propia naturaleza como Comunidad de integración³⁸⁰.

El hecho de que la revisión del TCEE hubiera de hacerse necesariamente mediante un procedimiento determinado a fin respetar elementos esenciales de la Comunidad como Comunidad de integración, el hecho de que, en definitiva,

³⁷⁸ Como ha dicho claramente GERKRATH, J., prohibir a los Estados, en virtud de una norma de *ius cogens*, que consientan limitaciones a su soberanía en materia de revisión de Tratados, “semble aller à l’encontre de la logique même des règles impératives” (*L’émergence d’un droit constitutionnel ...*, op. cit., p. 179).

³⁷⁹ En relación al *ius cogens* internacional vid. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. *Derecho Internacional Público ...*, op. cit., pp. 70-73, y la bibliografía referenciada por él en pp. 78-79 y 341.

³⁸⁰ Sobre estos calificativos vid, *Infra*, Punto 3).

la *esencialidad* de ciertos elementos de la Comunidad convirtiera en único y exclusivo un determinado procedimiento para la revisión del TCEE, significaba que el poder de los Estados miembros para dicha revisión no era absoluto y que quedaba limitado por el obligatorio respeto de ciertos elementos esenciales de la Comunidad. En este sentido podemos decir que el origen de los límites formales a la revisión del Tratado tenía su causa en la existencia de límites materiales a dicha revisión, en la imposibilidad de alterar ciertos elementos consustanciales a la Comunidad³⁸¹.

Por otro lado, en la medida en que la esencialidad de tales elementos en la Comunidad hacía obligatorio el respeto de un determinado procedimiento para la revisión del TCEE, parece lógico deducir que el contenido de las modificaciones a introducir mediante el procedimiento prescrito había de ser, también, respetuoso con tales elementos.

³⁸¹ En opinión de CATTABRIGA, Ch. "...A favore della teoria dei limiti materiali assoluti alla revisione gioca, poi, la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di limiti formali all'emendamento del Trattato. Affermando che modifiche alla costituzione comunitaria possono essere realizzate solo nel rispetto delle condizioni procedurali previste dall'art. N, i giudici europei hanno infatti mostrato di concepire il potere di revisione come un potere non libero ed originario, ma regolato e, perciò, costitutivo dal trattato. Il suo esercizio non può, pertanto, giungere fino a rinnegare i fondamenti dell'ordinamento che lo istituisce senza perdere la fonte della sua tessa legittimazione" (*La Corte di Giustizia ...*, op. cit., p. 324) y apunta que "La tesi che legge nel parere 1/91 l'imposizione di un limite materiale assoluto all'emendamento della "costituzione comunitaria" non fa dunque altro che portare alle sue logiche conseguenze la giurisprudenza della Corte di giustizia circa il carattere precettivo della procedura di emendamento prevista dal trattato" ("Limiti materiali alla revisione ...", op. cit., p. 261). (Obsérvese, por cierto, cómo esta autora no hace ninguna diferencia entre revisión, modificación y enmienda, tal y como hace también el propio texto del Tratado comunitario). En la misma línea parece situarse WHITEFORD, E. cuando dice que de la imposibilidad de que los Estados miembros puedan disponer del Derecho comunitario como mejor les parece no se desprenden sólo limitaciones de carácter formal a su revisión, sino también de carácter material ("Social policy after Maastricht". *ELJ*. 1993, nº3, vol. 18, p. 219). Sin embargo, BIEBER, R. KAHIL-WOLFF, B. y MULLER, L. no creen que el reconocimiento de límites formales a los Tratados comunitarios implique necesariamente el reconocimiento de límites materiales a ello ("Cours général ...", op. cit., p. 96). BERNHARDT, R. opina por su parte que "...no hay forma de indicar límites jurídicos [materiales] convincentes en materia de revisión de los Tratados. En todo caso, una vez que los procedimientos prescritos son respetados, todas las revisiones son posibles" ("Las fuentes ...", op. cit., p. 79). En nuestra opinión, la obligatoriedad de respetar los límites formales, es decir, los procedimientos expresamente previstos por los Tratados para su revisión, no sólo no puede desvincularse de la existencia de límites materiales, sino que, como hemos dicho tiene su origen en ellos.

En definitiva, la afirmación de la existencia de límites materiales de carácter estrictamente comunitario a la revisión del Tratado comunitario (esto es, al margen de los límites establecidos por la existencia de normas de *ius cogens* de Derecho internacional general), originariamente norma jurídica internacional de tipo convencional, parte del presupuesto de la autonomía o especificidad del Derecho comunitario frente al Derecho internacional público, de modo que las relaciones entre los Estados miembros y la Comunidad se rigen por su propio Derecho, el Derecho comunitario, y no por el Derecho internacional público, y son un elemento más a sumar a la aproximación del Tratado a una Carta Constitucional, no sólo en sentido formal sino en sentido material, y su alejamiento del Derecho internacional público³⁸².

2) Los límites materiales a la revisión del Tratado y el Dictamen 1/91 del TJCE de 14 de diciembre.

La relación entre los límites formales y materiales a la revisión del Tratado permitía deducir la existencia de límites materiales, desde el momento en que el TJCE reconoció la especificidad y autonomía del Derecho comunitario en relación con el Derecho internacional público y, más claramente, desde que este Tribunal reconoció la exclusividad del procedimiento de revisión establecido en el art. 236 TCEE; sin embargo, la

³⁸² En palabras de DA CRUZ VILAÇA, J.L. y PIÇARRA, N. “En effet, la question des limites matérielles à la révision n’a de sens qu’au regard d’un texte de nature constitutionnelle, auquel est inhérente une “prétention de validité” (“Geltungsanspruch”) matérielle et temporelle qualifiée par rapport à tout autre acte intégrant le même ordre juridique”. (“Y-a-t-il des limites matérielles ...”, op. cit., p. 9). Hay quien se ha pronunciado favorablemente al establecimiento de un Documento Constitucional explícito para la Comunidad Europea en lugar de los Tratados, que permita evitar así cualquier tipo de controversia sobre los límites a su revisión (vid., por ejemplo: DÍEZ-PICAZO, L.M. “Reflexiones sobre la idea ...”, op. cit., pp. 554-555; FERNÁNDEZ ESTEBAN, M^a L. La noción de constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *REDC*, Enero-abril 1994, n^o40, p. 289; WEATHERILL, S. “Safeguarding the *acquis communautaire*”. En HEUKELS, T.; BLOKKER, N.; BRUS, M. (Eds.). “The European Union after Amsterdam. A legal analysis”. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, pp. 176-178).

cuestión de los límites materiales a la revisión del TCEE sólo comenzó a debatirse claramente a partir del Dictamen 1/91 del TJCE de 14 de diciembre sobre la creación del Espacio Económico Europeo (EEE)³⁸³.

En este Dictamen el TJCE negaba la posibilidad de modificar el art. 238 TCEE³⁸⁴ de acuerdo con el procedimiento del art. 236 TCEE, para hacer compatible el sistema de control jurisdiccional que pretendía establecer el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) y el del TCEE, por “*infringir el art. 164 de este Tratado y, de modo más general, los propios fundamentos de la Comunidad*”³⁸⁵. El TJCE constataba así la oposición entre determinadas disposiciones del Acuerdo EEE y el art. 238 TCEE, oposición que no podía ser subsanada por la simple revisión del art. 238 TCEE porque ello sería contrario al art. 164 TCEE y los fundamentos de la Comunidad.

La cuestión que surgió a continuación en la doctrina, enormemente debatida, fue la de la posibilidad o no de modificar esas disposiciones y fundamentos de la Comunidad que el Tribunal no identificó entonces y sobre los que tampoco se ha pronunciado expresamente con posterioridad³⁸⁶.

³⁸³ Dictamen 1/91 del TJCE..., cit.

³⁸⁴ Luego del TCE, actual art. 310.

³⁸⁵ Dictamen 1/91 del TJCE..., cit., pár. 71. (La cursiva es nuestra).

³⁸⁶ A juicio de FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L. “parece que por los “fundamentos mismos de la Comunidad”, el Tribunal entiende los objetivos y principios fijados en el Preámbulo, en los primeros artículos del Tratado y en el artículo 164” (“La noción de constitución europea ..., op. cit., p. 278). A propósito del Dictamen 1/91 vid., entre otros, BARENTS, R. “The Court of Justice and the EEA-Agreement. Between constitutional value and political realities”. *Rivista di Diritto Europeo*. 1992, nº 4, octubre-diciembre, pp. 751-767; BOULOIS, J. “Les avis de la Cour de Justice des Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace Économique Européen”. *RTDE*, 1992, nº3, pp. 457-463; BRANDTNER, B. “The “Drama” of the EEA. Comments on Opinions 1/91 and 1/92”. *EJIL*. 1992, nº2, vol. 3, pp. 300-328; CONSTANTINESCO, V. “Commentaire Avis de la Cour 1/91”. *JDI*. 1992, nº2, pp. 422-426; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. “L'Espace Économique Européen sous le regard des juges de la Cour de Justice des Communautés Européennes”. *RMC*, 1992, nº 360, pp. 603-612; EPINEY, A. “La Cour e justice de Communautés européennes et l'Espace économique européen”. *Revue Suisse de Droit international et de Droit Européen*. 1992, nº3, pp. 275-304; FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L. “La noción de constitución europea ..., op. cit., pp. 241-289; GAUDISSERT, M-A. “La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés Européennes relatifs à la création de l'Espace Economique Européen. Entre autonomie et homogénéité: l'ordre juridique communautaire en péril”. *RMUE*. 1992, nº1-2,

3) Identificación de los límites materiales a la revisión del Tratado.

Como puede desprenderse de lo visto hasta ahora, los límites materiales a la revisión del TCEE serían contenidos imprescindibles e inherentes a la propia identidad de la Comunidad³⁸⁷, núcleo duro de la identidad constitucional comunitaria³⁸⁸, su acervo fundamental³⁸⁹; sin ellos, la Comunidad Europea no sería tal, quedaría desnaturalizada y absolutamente adulterada; su quebrantamiento significaría una amenaza para ella³⁹⁰.

121-136; HARTLEY, T.C. "The European Court and the EEA", *ICLQ*, 1992, oct., vol. 41, pp. 841-848; SCHERMERS, H.G. "Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14 december 1991; Opinion 1/92 of the Court of Justice, 10 april 1992". *CMLR*, 1992, vol. 29, pp. 991-1009; VALLE GÁLVEZ, A. "La especificidad del ordenamiento comunitario" *RIE*, 1991, nº1, pp. 155-193. Interesante también a este respecto, aunque sin centrarse exclusivamente sobre este dictamen, vid. DE WITTE, B. "International agreement or European constitution"? En WINTER, J.A; CURTIN D. M.; (et al.) *Reforming the Treaty on European Union -The legal Debate*. The Hague/Boston/London: Kluwer Law International, 1996, pp. 3-18, y los comentarios a este artículo realizados en la misma obra por EVERLING, U. (pp. 19-22) y SEIDL-HOHENVELDERN, I. (pp. 23-25). Hay quien ha visto en la STJCE de 29 de septiembre de 1994, as. Beune, una actitud distinta del TJCE que permitiría a los Estados miembros actuar como verdaderos "dueños de los Tratados", al permitir una interpretación más restrictiva del principio de no discriminación por razón de sexo que la existente anteriormente (as. C-7/93, *Bertuur van het algemeen burgerlik pensioenfonds vs. G.A. Beune*, www.europa.eu.int). Sin embargo, en opinión de Mengozzi, P., de un pronunciamiento de este tipo no es posible desprender la inexistencia de un "núcleo esencial de valores inderogable"; quizás debiera entenderse, a su juicio, como "expresión de una atención particular dada por los jueces a un acto" (*Derecho Comunitario y de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, p. 143).

³⁸⁷ BIEBER, R. "Les limites matérielles et formelles ...", op. cit., p. 348.

³⁸⁸ Expresión de SIMON, D. *Le système juridique* ..., op. cit., p. 61.

³⁸⁹ Esta expresión es utilizada por PESCATORE, P. sin referencia alguna a la revisión de los Tratados ("Aspectos judiciales....", op. cit., pp. 333-334).

³⁹⁰ CURTI GIALDINO, C. considera que "the unamendable character should be recognized for those principles or values which could not be repealed in full or in part without altering the system as outlined in the Founding Treaties in such a way that the legal order would lose its basic characteristic of a "Community based on the rule of law". In substance, those are the principles and values whose immutability constitutes the safeguard of the legality of the order itself" ("Some reflections on the *acquis communautaire*". *CMLR*, 1995, nº5, vol. 32, pp. 1112-1113; en idénticos términos se pronuncia en "Some reflections on the *acquis communautaire*". *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*. 1995. Supplement, p. 234). En la misma línea se pronuncia WEATHERILL, S. cuando dice que "There must be aspects of the Community legal order which are central to the nature of the enterprise and, which if eliminated, will deprive the system of its essential characteristics. They therefore deserve protection" ("Safeguarding the *acquis* ...", op. cit., pp. 153-178).

El principio básico de la Comunidad Europea antes de 1992, su axioma fundador, el punto de partida de todo el ordenamiento jurídico comunitario era la integración³⁹¹, entendida como un conjunto de rasgos fundamentales del sistema diseñado por los Tratados fundadores. El principio de integración de la Comunidad como núcleo duro de la identidad comunitaria no sólo implicaba una determinada construcción jurídica en sentido puro o formal³⁹², sino su realización en el respeto de los derechos fundamentales, de la democracia y de la identidad nacional de los Estados miembros para la consecución de determinados objetivos³⁹³. Salvaguardar el principio de integración así concebido era preservar la identidad y esencia de la Comunidad, su naturaleza. Este principio resultaba, en consecuencia, intangible y permanente a la Comunidad, lo que le convertía en límite material a las modificaciones que pudiera sufrir el Tratado comunitario; era, en definitiva, lo que hemos llamado *ius cogens comunitario*.

Ahora bien: la intangibilidad y permanencia de este principio no significaban su perpetuidad. El principio de integración otorgaba a la Comunidad un carácter evolutivo y dinámico, no regresivo³⁹⁴, que aparecía ya

³⁹¹ En palabras de CONSTANTINESCO, L., "(...) Plus que signer un Traité, les États membres en le faisant ont adhéré au principe dont ce Traité est l'expression. C'est au principe de la limitation corrélatrice de souveraineté qu'ils se sont engagés" ("Contribution au problème des rapports ..., op. cit., p. 218). En el mismo sentido: PESCATORE, P. "Droit international et Droit communautaire ..., op. cit., p. 14; SIMON, D. *Le système juridique* ..., op. cit., p. 44. A juicio de MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. "...el orden jurídico de la Unión Europea (particularmente en su manifestación de Derecho comunitario) tiene una naturaleza "integradora" (...)" (MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. "Integración flexible en la Unión Europea..., op. cit., p. 64).

³⁹² Sobre el Derecho de la integración vid. PESCATORE, P. *Derecho de la integración: nuevo fenómeno...*, op. cit., 105 pp.

³⁹³ BIEBER, R.; KAHIL-WOLFF, B.; MULLER, L. "Cours général ..., op. cit., pp. 98-100; BIEBER, R. "Les limites matérielles et formelles ..., op. cit., p. 348; CURTI GIALDINO, C. "Some reflections on ..., op. cit., pp. 1112-1113; "Some reflections on the acquis..., op. cit., p. 234.

³⁹⁴ En opinión de BOULOIS, J., los Tratados comunitarios "sont le fondement d'un ordre juridique dont l'édification est nécessairement progressive, sans qu'il soit possible d'en fixer le terme" ("Le Droit..., op. cit., p. 30). Para SIMON, D. "... le système communautaire comporte par sa nature même une dimension de "création continue" qui en fait un droit

en el Primer párrafo del Preámbulo del TCEE cuando los Estados miembros se mostraban decididos a utilizar la Comunidad para crear una *unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*; la expresión *cada vez* sugiere precisamente un proceso dinámico, en movimiento³⁹⁵. Lo mismo se reiteraba en el Preámbulo del AUE cuando los Estados miembros se mostraban animados a “*proseguir* la obra emprendida a partir de los Tratados constitutivos”. En consecuencia, la preservación de este principio no impedía su modificación en sentido progresivo pero sí en sentido regresivo; es decir, esta preservación exigía respetar el nivel de integración previamente establecido.

El nivel de integración alcanzado por la Comunidad en un momento dado, cuyo exponente sería el acervo comunitario³⁹⁶, vendría determinado por los objetivos a cuya consecución estuviera destinada la Comunidad, los elementos estructuradores de la Comunidad de Derecho constituída para

pourvu de propriétés impulsives, d'un pouvoir actif, d'une poussée interne propre (...), investi d'une fonction dynamique (...), essentiellement un droit moteur” (*Le système juridique...*, op. cit., p. 57). Cita este autor a LAGRANJE, M. en relación con la expresión *création continue*; concretamente, las palabras de LAGRANJE, M. eran: “The implementation of the European treaties is essentially an evolutionary process, a “continuous creation” that will continue beyond the transitional period soon to expire” (The Court of Justice as a factor in European integration, *AJCL*, vol. 15, 1966-67, p. 709). Efectivamente parece que LAGRANJE, M. considera que la dinámica y evolución del proceso comunitario va más allá de la literalidad de los periodos transitorios y alcanza a la propia concepción del sistema. Para LECOURT, R., quien también es citado por SIMON en la misma obra, “Le droit communautaire est en lui-même, en effet, pourvu de propriétés impulsives, d'un pouvoir actif, d'une poussée interne propre. Il est investi d'une fonction dynamique. C'est essentiellement un droit moteur” (“Le juge devant le Marché Commun, Genève”, IUHEI, 1970, p. 67). En la misma línea se sitúan BOIXAREU CARRERA, A. y CAPI BADIA, J.M. “La construcción comunitaria se nos presentaba, pues, en términos de “proceso”, más que en términos de “resultado”. Lo verdaderamente importante era el ir avanzando en una determinada dirección (la de una mayor integración entre los Estados participantes), sin que quedara muy claro ni cuál era la meta final a alcanzar, ni, por ello mismo, cuándo (o siquiera si) llegaría el momento de detenerse” (*El Tratado de Amsterdam*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 44).

³⁹⁵ BIEBER, R; JACQUÉ, J-P.; WEILER, J.H.H. “Introduction”..., cit., p. 9.

³⁹⁶ En nuestra opinión este acervo comunitario se identificaría con el conjunto de disposiciones que cualquier Estado miembro que desea adherirse a la Comunidad está obligado a aceptar, al ser una especie de fotografía instantánea de la situación de integración de la Comunidad en un momento dado (Vid. CURTI GIALDINO, C. “Some reflections on...”, op. cit., pp. 1090-1100; “Some reflections on the acquis...”, op. cit., p. 214).

alcanzarlos, el respeto de los derechos humanos, de la democracia y de la identidad nacional de los Estados miembros:

- Los objetivos comunitarios establecidos en el Tratado, independientemente de su grado de precisión, tenían una función estructuradora del conjunto de la Comunidad, tanto en el ámbito estrictamente jurídico como en el ámbito político, y en virtud de ellos se creó toda una estructura jurídica e institucional a su servicio³⁹⁷.

- La Comunidad Europea antes de 1992 como Comunidad de Derecho significaba, por un lado, que ni sus Estados miembros ni sus instituciones podían sustraerse al control de conformidad de sus actos con la Carta constitucional que era el TCEE³⁹⁸ y, por otro, que todos los Estados miembros se sometían a un mismo Derecho, el Derecho comunitario, en aquellos ámbitos sobre los que los Estados miembros hubieran realizado la pertinente transferencia de competencias.

La Comunidad Europea como Comunidad de Derecho con una misma norma, un mismo juez y una misma fuerza obligatoria de su Derecho para sus Estados miembros³⁹⁹ (presuponiendo cada uno de ellos la existencia del otro⁴⁰⁰), tenía su origen en la consecución de la uniformidad u homogeneidad del Derecho comunitario, exigencia fundamental del propio ordenamiento jurídico comunitario⁴⁰¹; sin uniformidad no habría Derecho comunitario⁴⁰².

³⁹⁷ Vid. sobre el particular, PESCATORE, P. "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice". *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch. Studia in honorem egregi professoris edita*. T.II. Bruxelles: Établissement Émile Bruylant, 1972, pp. 325-362.

³⁹⁸ STJCE de 23 de abril de 1986, *Parti écologiste Les Verts*,... op. cit., p. 23.

³⁹⁹ LECOURT, R. *L'Europe des juges*. Bruxelles: Bruylant, 1976, p. 227.

⁴⁰⁰ CONSTANTINESCO, L-J. "La spécificité ...", op. cit., p. 15.

⁴⁰¹ Vid. STJCE de 21 de febrero de 1991, as. acum. C-143/88 y C-92/89, *Zuckerfabrik Sueder dithmarschen AG y Zucherfabrik Soest GmbH vs. Hauptzollamt Itzehoe y Hauptzollamt Pabberborn*, Rec. 1991, pp.534-554, párs. 25-56.

La Comunidad Europea era una Comunidad de Derecho en la que, hasta 1992, todos los Estados Miembros se sometían a un mismo Derecho, el Derecho comunitario, en aquellas materias sobre las que se había realizado una transferencia de competencias soberanas en favor de la Comunidad, con el fin de conseguir objetivos comunes, transferencia que se haría efectiva para todos los Estados miembros en el mismo momento. Así pues, tal Comunidad de Derecho se fundamentaba en la unicidad de su ordenamiento para todos sus destinatarios; ésta, a su vez, tenía su base en la igualdad de atribución de competencias soberanas a la Comunidad por parte de todos los Estados miembros, en la consiguiente existencia de un solo sistema institucional comunitario que ejerciera dichas competencias, y en la identidad del momento en que se hacía efectiva para todos ellos: ¿qué es una Comunidad sino el estado del Derecho en que todos los sujetos/miembros de un mismo grupo obedecen al mismo cuerpo jurídico, a una normativa común?⁴⁰³; ¿qué sentido tendría una Comunidad en la que unos Estados miembros obedecieran su Derecho interno y otros el Derecho comunitario?; ¿cómo se alcanzarían los objetivos comunes de la Comunidad de esta manera? Los objetivos de la Comunidad no se alcanzarían nunca si no existiera igualdad en la atribución de competencias soberanas o ésta no se hiciera efectiva para todos los Estados miembros, ya que se quebraría la Comunidad de Derecho constituida para alcanzarlos: cuando el TJCE definía la Comunidad Europea como una Comunidad de Derecho en la que ni sus Estados miembros ni sus instituciones podían sustraerse a la Carta Constitucional de base que era el Tratado⁴⁰⁴, lo hacía sobre la base de la unidad del Derecho que se desprendía de ese Tratado; de otro modo, no tendría sentido hablar de Comunidad de Derecho.

⁴⁰² JACOBS, F.G. "Remedies in national courts for the enforcement of Community rights", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 969.

⁴⁰³ LECOURT, R. *L'Europe des juges...*, op. cit., p. 221.

⁴⁰⁴ Vid. STJCE de 23 de abril de 1986, *Parti écologiste Les Verts...*, cit., pár. 23.

El Derecho comunitario se concebía, en consonancia con lo anterior, como un imperativo incondicional para la totalidad de los Estados miembros⁴⁰⁵, un Derecho obligatorio para todos los Estados miembros de la Comunidad, sin perjuicio de las individualizaciones jurídicas que pudieran establecerse para algunos Estados miembros⁴⁰⁶.

La exigencia de que el Derecho comunitario tuviera igual fuerza obligatoria en todos los Estados miembros, significaba que sus efectos habían de ser uniformes en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros que debían aparecer igualmente vinculados por el Derecho comunitario. Determinados rasgos *esenciales* del ordenamiento jurídico comunitario lo garantizaban: 1.- primacía sobre el Derecho nacional de todos los Estados miembros de la Comunidad, expresión del carácter unitario del Derecho comunitario que debía tener igual valor y fuerza obligatoria en todos los Estados miembros de la Comunidad; esta es la razón por la que la primacía del Derecho comunitario sobre el conjunto de los Estados miembros era una condición *existencial* de él⁴⁰⁷; 2.- aplicabilidad directa y efecto directo sobre los ordenamientos internos de todos los Estados miembros, es decir, despliegue por él mismo de plenos efectos de forma uniforme en todos los Estados miembros de la Comunidad, creando para los particulares de cualquier Estado miembro la posibilidad de invocar tal derecho ante sus autoridades públicas⁴⁰⁸; 3.-

⁴⁰⁵ PESCATORE, P. Aspectos judiciales..., op. cit., pp. 340-345.

⁴⁰⁶ Sobre las individualizaciones jurídicas transitorias vid. *Supra*, Capítulo I, Sección 1, Epígrafe A).

⁴⁰⁷ De lo contrario, como dice DEHOUSSE, F. el ordenamiento jurídico comunitario se descompondría en varios ordenamientos jurídicos divergentes entre sí ("La primauté du droit communautaire sur le droit des États membres. Rapport fait au nom de la Commission juridique au Parlement Européen". *RTDE*. 1965, vol. 2, p. 213). Vid., por ejemplo, entre la numerosa jurisprudencia comunitaria al respecto, y entre los casos más significativos: STJCE de 15 de julio de 1964, *Costa vs. E.N.E.L.*..., cit., 1159-1160; STJCE de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*. Rec. 1970, pp. 1125-1141, pár. III; STJCE de 9 de marzo de 1978, as. 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. Simmenthal SPA*, Rec. 1978, pp. 629-646, párs. 17-18.

⁴⁰⁸ Vid., por ejemplo, entre la abundante jurisprudencia comunitaria al respecto: STJCE de 5 de febrero de 1963, *Ven Gend & Loos*..., cit., pp. 24-25; STJCE de 6 de octubre de 1970,

responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares con causa en el incumplimiento de Derecho comunitario que le es imputable⁴⁰⁹.

Para asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario en todos los Estados miembros de la Comunidad, para garantizar su cumplimiento por la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad, estaban previstos mecanismos jurisdiccionales, ya fueran los nacionales o los del TJCE (arts. 169, 170 y 177 TCEE⁴¹⁰).

El Derecho comunitario se caracterizaba entonces por ser un único Derecho, uniforme en contenido y, consecuentemente, en su significación y aplicación en el territorio comunitario. Quedaba asegurada pues su triple unicidad y uniformidad en contenido, significación y aplicación, esencial a la propia identidad y existencia de la Comunidad, tal y como puede entenderse de lo que hemos dicho inmediatamente antes: igualdad de atribución y efectividad de competencias soberanas a la Comunidad por todos los Estados miembros de ésta, unicidad del sistema institucional para ejercer dichas competencias, obligatoriedad del Derecho comunitario para la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad, primacía y efecto directo de este Derecho sobre los ordenamientos jurídicos internos de todos los Estados miembros, responsabilidad del Estado en caso de daños causados a los particulares por el

as. 9/70, *Franz Grad vs. Finanzamt Traunstein*. Rec. 1970, pp. 825- 844, pár. 5; STJCE de 26 de octubre de 1982, as. 104/81, *Hauptzollamt Mainz vs. C. A. Kupfferberg & Cie KG*. Rec. 1982, pp. 3641-3671, párs. 17-27; STJCE de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, *M.H. Marshall vs. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*. Rec. 1986, pp. 723-737, párs. 39-56.

⁴⁰⁹ Este principio ha nacido y se ha venido consolidando en la década de los 90. Vid., por ejemplo, entre la copiosa jurisprudencia al respecto: STJCE de 19 de noviembre de 1991, as. C-6/90 y 9/90, *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros vs. República Italiana*. Rec. 1991, pp. 5403-5418, párs. 28-46; STJCE de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du pêcheur S.A. vs. Bundesrepublik Deutschland y The Queen vs. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros*, Rec. 1996, pp. 1131-1163, párs. 16-98; STJCE de 8 de octubre de 1996, as. cjtos. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, *Eric Dillenkofer y otros vs. Bundesrepublik Deutschland*. Rec. 1996, pp. 4867-4893.

⁴¹⁰ Posteriores arts. 169, 170 y 177 TCE, actuales arts. 226, 227 y 234.

incumplimiento del Derecho comunitario imputable a él y función tuteladora del sistema jurisdiccional previsto por el Tratado. La Comunidad Europea antes de 1992 era una Comunidad de Derecho en un triple aspecto: una misma norma, un mismo juez y una misma fuerza obligatoria.

- El TCEE de 1957 no contenía ninguna disposición general relativa a la protección de los Derechos humanos y la democracia⁴¹¹. Sin embargo, los Estados miembros de la Comunidad se encargaron de expresar en documentos políticos la vocación de los derechos humanos como valores fundadores de la Comunidad, relacionándolos estrechamente con el principio de Democracia y el Estado de Derecho: en la Declaración de París de 21 de octubre de 1972, se afirmó la voluntad de los Estados miembros de “basar el desarrollo de su Comunidad en la democracia, la libertad de opiniones, la libre circulación de personas e ideas, [y] la participación de los pueblos por mediación de sus representantes elegidos libremente”⁴¹²; la Declaración sobre la identidad europea de Copenhague el 14 de diciembre de 1973 precisaba esta idea al confirmar los Estados miembros su voluntad de “salvaguardar los principios de democracia representativa, del imperio de la ley, de la justicia social (...) y del respeto de los derechos del hombre, los cuales constituyen elementos fundamentales de la identidad europea”⁴¹³; la Declaración de Copenhague sobre la Democracia de 8 de abril de 1978, por su parte, confirmaba lo anterior y añadía que la aplicación de esos principios implicaba “un régimen político de democracia pluralista que garantiza la representación de las opiniones en la organización constitucional de los poderes y los procedimientos necesarios a la

⁴¹¹ Algunas disposiciones del Tratado sí tenían contenidos coincidentes con los derechos humanos, por ejemplo, el art. 48.1 TCEE relativo a la no discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores. Para conocer con detalle los derechos insertos a este respecto en el TCEE, vid. CHUECA SANCHO, A. G. *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*. Barcelona: Bosch, 1989, pp. 10-15 y 20-23.

⁴¹² Bol. CE 10/1972, pp. 13-24.

⁴¹³ Bol. CE 12/1973, pp. 124-126, pto. 2501.

protección de los derechos del hombre”, declarando solemnemente a continuación que “el respeto y mantenimiento de la democracia y derechos del hombre en cada uno de los Estados miembros constituyen elementos esenciales de la adhesión a las Comunidades Europeas”⁴¹⁴; en la Declaración de Stuttgart de 19 de junio de 1983 los Estados miembros se mostraban “decididos a promover conjuntamente la democracia, fundándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo por la protección de los derechos humanos y la carta social europea, y especialmente la libertad, la igualdad y la justicia social”⁴¹⁵. A estos textos del ámbito comunitario ha de unirse el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 al que se habían adherido todos los Estados miembros de la Comunidad⁴¹⁶.

El contenido de estos documentos no debe ser infravalorado por su carácter político o ajeno a la Comunidad en cuanto que por reiterado y acumulado, impregnó la actividad comunitaria llegando a producir sus efectos tanto sobre el texto del TCEE como sobre la jurisprudencia del TJCE⁴¹⁷, incluso antes de que se produjera la primera revisión del TCEE:

En cuanto al TJCE, éste ya había adelantado en 1969 que la protección de los derechos fundamentales formaba parte integrante de los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario⁴¹⁸, jurisprudencia que continuó

⁴¹⁴ Bol. CE 3/1978, pp. 5-6. Capítulo Liminar.

⁴¹⁵ Bol. CE 6/1983, pp. 25-30, pto. 1.6.1.

⁴¹⁶ BOE 243 de 10 de octubre de 1979.

⁴¹⁷ JACQUÉ, J-P. “Cours général ...”, op. cit., pp. 275-276. También otras instituciones se vieron influenciadas: vid. la Declaración que adoptaron las instituciones el 5 de abril de 1977 en la que subrayaban la importancia fundamental que otorgaban al respeto de los Derechos fundamentales (DOCE C 103 de 27 de abril de 1977). (Esta Declaración la cita JACQUÉ, J. P. *Ibid*, p. 280).

⁴¹⁸ STJCE de 12 de noviembre de 1969, as. 29/69, *Eric Stauder vs. Stadt UCM-SOZIALAMT*. Rec. 1969, pp. 419- 426, pár. 7. Vid. también: STJCE de 14 de mayo de 1974, as. 4/73, *J. Nold Kohlen -und Baustoffgross Handlung vs. Comisión*. Rec. 1974, pp. 491-510, pár. 13;

desarrollando con posterioridad⁴¹⁹. En relación al principio democrático, a juicio del TJCE la competencia consultiva del Parlamento Europeo en el proceso legislativo de la Comunidad era “reflejo (...) de un principio democrático fundamental según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa” que constituye “una formalidad sustancial cuyo no respeto entraña la nulidad del acto de que se trate”⁴²⁰; parece pues que el principio democrático en la Comunidad se hacía esencial.

STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Handelsgesellschaft* ... op. cit., pp. 1125-1141, pár. 4. Estas tres Sentencias establecen, a juicio de PI LLORENS, M., “las ideas clave de la protección de los derechos fundamentales por parte del TJCE, que éste irá desarrollando y aplicando en su jurisprudencia posterior, sin apartarse por ello de las mismas” (*Los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 25).

⁴¹⁹ En relación a la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad, existe una amplia bibliografía, citamos aquí sólo algunos trabajos: CHUECA SANCHO, A.G. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona: Bosch, 1999, 314 pp.; FERNÁNDEZ LIESA, C. “Desarrollos normativos del principio de protección internacional de los derechos humanos en el Tratado de la Unión Europea”. *Derechos y Libertades*. 1993, nº 1, pp. 503-521; Id. “Los Derechos fundamentales en la Unión Europea”. En PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid-Boe, 1995, p. 641-675; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea”. *Derechos y Libertades*. 1993, nº1, pp. 473-480; LECLERC, S; AKANDJI-KOMBÉ, J.F.; REDOR, M.J. (Eds.) *L’Union Européenne et les droits fondamentaux*. Bruxelles: Bruylant, 1999, 231 pp.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “Los derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea”. En *Andorra en el ámbito jurídico europeo: XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Principado de Andorra, 21-23 de septiembre de 1995*. Madrid: Jefatura del Estado Andorrano-Marcial Pons, 1996, pp. 329-352; MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. “EL Tratado de la Unión Europea y la cuestión del respeto de los derechos fundamentales en la actividad institucional de la Unión Europea”. *Derechos y Libertades*, 1993, nº1, pp. 481-487; PI LLORENS, M. *Los derechos fundamentales...*, op. cit., 188 pp.; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas”. En *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea. Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992 en la Universidad Carlos III de Madrid*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1993, pp. 201-224; SALINAS DE FRÍAS, A. *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Granada: Comares, 2000, 344 pp; SCHUTTER, O. de. “Les droits fondamentaux dans le Traité d’amsterdam”. En LEJEUNE, Y. (Coord.) *Le Traité d’Amsterdam. Espoirs et déceptions*. Bruxelles: Bruylant, 1999, pp. 154-187.

⁴²⁰ STJCE de 29 de octubre de 1980, *Maizena*,... op. cit., pár. 34. Vid. también, por ejemplo: STJCE de 29 de octubre de 1980, as. 138/79, *SA Roquette Frères vs. Conseil des Communautés Européennes*. Rec. 1980, pp. 3333-3362, pár. 33; STJCE de 22 de mayo de 1990, as. C-70/88, *Parlamento Europeo vs. Consejo de las Comunidades Europeas*, Rec. 1990, pp. 2041-2074, párs. 21-31.

En cuanto al texto del TCEE, su revisión por el AUE introdujo algunas modificaciones importantes al respecto de los derechos humanos y el principio democrático. En el Preámbulo del AUE los Estados miembros se mostraban “decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea (...)” y añadían que eran “conscientes de la responsabilidad que incumbe a Europa de (...) reafirmar muy especialmente los principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los Derechos humanos que ellos propugnan (...)”.

Además de estas consideraciones que acabamos de ver sobre la democracia y los derechos fundamentales, el Preámbulo del AUE también añadía que el Parlamento Europeo elegido por sufragio universal era un *medio de expresión indispensable* para los pueblos en la construcción europea. Parece que se establecía entonces expresamente una vinculación entre la protección y promoción de la democracia y los Derechos Fundamentales por un lado, y el TCEE por otro, como mecanismo para ello. De hecho, la trascendencia de dicha vinculación se incrementa cuando comprobamos que en las sucesivas adhesiones a la Comunidad el respeto de la Democracia y los Derechos fundamentales se convirtió efectivamente en un requisito sustancial implícito e indispensable para ello, parte del acervo comunitario que necesariamente había de aceptarse⁴²¹; parece lógico pues deducir, que la Comunidad contemplaba la democracia y la protección de los Derechos fundamentales como dos de sus máximas⁴²².

⁴²¹ Vid. arts. 2 y ss de las diferentes Actas de Adhesión y su referencia a las Declaraciones adoptadas por el Consejo o el Consejo Europeo, además de, por supuesto, la jurisprudencia del TJCE, que también era parte de ese acervo.

⁴²² Sobre la importancia actual de estos elementos ante la casi inminente ampliación resulta muy ilustrativo el artículo de MANGAS MARTÍN, A. “Democracia y respeto de los derechos humanos en los países del Este ante la ampliación de la UE” *Comunidad Europea Aranzadi*, 2000, nº 12, pp. 29-37.

- La Comunidad Europea reposaba sobre la pervivencia de los Estados miembros en su interior; su desaparición, la conversión de la Comunidad en un Estado federal o unitario significaría también la desaparición de la Comunidad⁴²³.

En definitiva, los límites materiales *específicos* a la revisión del Tratado comunitario eran aquellos que expresaban las exigencias y fundamentos propios de la Comunidad, esenciales para su cohesión y la consecución de los objetivos fijados para los que fue creada; en definitiva, los que expresaban el nivel de integración alcanzado. Dado el carácter evolutivo y dinámico que el principio de integración otorgaba a la Comunidad, los contenidos establecidos como límites materiales específicos a la revisión del Tratado que configuraban el nivel de integración existente, eran límites mínimos que podían ser modificados siempre que tal revisión generara una mayor integración de la Comunidad, una profundización de ella⁴²⁴. De otro modo, se produciría una *desintegración*, no una *integración*; la admisión de una regresión en la integración, de una *marcha*

⁴²³ Como dicen BIEBER, R; JACQUÉ, J-P. y WEILER, J.H.H. "The european construct (...) is (...) rooted in a balance -not a substitution- between nation state and supranationalism structure" ("introduction", en BIEBER, R; JACQUÉ, J-P. y WEILER, J.H.H. (dirs) *An ever closer union. A critical analysis of the draft Treaty establishing the European Union*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1985, p. 8). Precisamente por esta razón su conversión en una Federación o Estado unitario no exigiría seguir el procedimiento prescrito para ello por el art. 236 TCEE (vid., *Supra*, Sección 1, Epígrafe B).

⁴²⁴ De esta opinión parecen VILAÇA, J.L y PIÇARRA, N. aunque limitando, incomprensiblemente, la imposibilidad de regresión al mercado interior ("Y-a-t-il des limites materielles ...", op. cit., p. 33). En el mismo sentido parece también CURTI GIALDINO, C. Some reflections on ..., op. cit., p. 1114; Id.. "Some reflections on the acquis...", op. cit., p. 235. A juicio de VANDERSANDEN G. y ENGLER, B., la destrucción de lo que ellos consideran la base irreductible del Derecho comunitario, compuesta por los principios de igualdad, libertad, solidaridad y unidad, "reviendrait-il à menacer de destruction tout l'acquis communautaire et à compromettre la conception démocratie pluraliste que partagent les États membres. Ceci ne signifie pas concevoir que, sans toucher à leur essence, il apparaisse indispensable, dans la perspective évolutive des Communautés et sous la pression des contraintes politiques nouvelles, de moduler leur définition et de diversifier leur application" ("Considérations juridiques relatives à l'élaboration d'une théorie de l'intégration européenne". En LASOK, D.; SOLDATOS, P. *Les Communautés Européennes en fonctionnement*. Bruylant: Bruxelles, 1981, p. 541)

atrás, podría llevar a la desaparición de la Comunidad, lo que fácticamente posible, no puede confundirse con lo jurídicamente admisible⁴²⁵. Una regresión en el sistema de integración comunitario, significaría una alteración regresiva de la naturaleza de la Comunidad incompatible con ella⁴²⁶.

Esta claro que, dados los elementos que configuraban el principio de integración, tal revisión tendría un límite en la progresión: la desnaturalización de la Comunidad por desaparición de los Estados como Estados soberanos; es decir, su conversión en un Estado federal, autonómico o unitario. Evidentemente esto supondría una desaparición de la Comunidad y su sustitución por otra organización diferente, pero no sería incompatible con ella puesto que la Comunidad tendría una naturaleza no permanente sino transitoria, destinada a la consecución de una integración entre los Estados miembros, una *unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*⁴²⁷.

⁴²⁵ BERNHARDT, R. "Las fuentes ..., op. cit., pp. 80-81; DA CRUZ VILAÇA, J.L.; PIÇARRA, N. "Y-a-t-il des limite materielles ..., op. cit., p. 37.

⁴²⁶ Es precisamente por estas razones que no compartimos la interpretación doctrinal que ve en la STJCE de 14 de diciembre de 1971, as. 7/71, *Comisión vs. Francia*, una posible renacionalización de las competencias comunitarias a partir de una revisión de los Tratados: el art. 76.2 del TCEEA establecía que "Transcurridos 7 años desde la entrada en vigor del Tratado, el Consejo podrá confirmar el conjunto de estas disposiciones. A falta de confirmación, se adoptarán nuevas disposiciones relativas al objeto del presente Capítulo (...)" Sin embargo, pasado el plazo, no se había procedido a su revisión, y se planteó ante el TJCE si era posible que ante la no actuación al respecto de las instituciones comunitarias las competencias pudieran ser devueltas a los Estados. El TJCE dijo en la Sentencia precitada que "...un desposeimiento de las atribuciones así conferidas y el retorno de las materias objeto de las mismas al ámbito de competencia exclusiva de los Estados miembros, no podrían producirse sino en virtud de una disposición expresa del Tratado" (Rec. 1971, pp. 1003-1022, pár. 20). En opinión de JACQUÉ, J.P la transferencia de competencias a la Comunidad resulta definitiva y, tal y como para él se deduce de la sentencia "un retour arrière ne pourrait intervenir qu'à l'issue d'une révision du Traité" ("Cours général ..., op. cit., p. 306). En nuestra opinión, no es jurídicamente aceptable una renacionalización de una determinada competencia atribuida a la Comunidad, *salvo* que originariamente hubiera sido concebido así en el propio Tratado por el que ésta vio la luz; es decir, la alusión al Tratado que hizo el TJCE ha de entenderse hecha a la letra del Tratado en ese momento, y no en referencia a una posible revisión de él en ese sentido. El reconocimiento de los límites formales a la revisión del TCEE que hizo pocos años después el TJCE y su relación con los límites materiales y su contenido, llevan a esta solución.

⁴²⁷ A juicio de LECOURT, R. el derecho de la Comunidad es "un droit de transition car il est destiné à assurer le passage d'un état de droit -national- à un autre -multinational-. Un droit d'intégration car il introduit progressivement dans le droit étatique initial des pigments d'un

En consecuencia, cualquier revisión de los Tratados comunitarios que cuestionara el sistema comunitario como sistema de integración o le afectara negativamente estaría cuestionando la naturaleza misma de la Comunidad.

4) Situación jerárquica del *ius cogens* comunitario dentro del ordenamiento jurídico comunitario.

El *ius cogens* comunitario se situaba jerárquicamente al mismo nivel que el Tratado comunitario, que la Constitución comunitaria en la que tenía su origen; su carácter de límite material a la revisión del Tratado simplemente suponía que su desaparición era más importante para la Comunidad que otros contenidos de ésta. Posiblemente para destacar esta importancia algunos autores han optado por calificar dicho *ius cogens* de *supraconstitucional*⁴²⁸. Sin embargo, esta calificación no nos parece demasiado afortunada por la confusión que puede arrojar sobre su rango jerárquico.

type différent d'essence communautaire –d'aucuns disent supranational- de plus en plus nombreux, sans lui faire perdre son homogénéité” (*Le juge devant...*, op. cit., p. 68).

⁴²⁸ En este sentido, BIEBER, R. “Les limites matérielles et formelles ...”, op. cit., p. 348; DA CRUZ VILAÇA, J.L.; PIÇARRA, N. “Y-a-t-il des limites matérielles ...”, op. cit., p. 26; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. “L'Espace Économique Européen sous le regard ...”, op. cit., p. 607; KAHIL-WOLFF, B.; MULLER, L. “Cours général ...”, op. cit., p. 99.

**CAPÍTULO IV: LA COMPATIBILIDAD CON EL *IUS COGENS*
COMUNITARIO DE LOS SISTEMAS DE
INTEGRACIÓN DIFERENCIADA INTRODUCIDOS
EN LA COMUNIDAD EUROPEA POR EL TRATADO
DE MAASTRICHT EN 1992.**

La relación entre la revisión del TCEE acometida en 1992 y el establecimiento de un sistema de integración diferenciada en la Comunidad Europea es directa: como ya dijimos, la primera introducción de un sistema integración diferenciada en la Comunidad se realizó a través de una revisión del TCEE de acuerdo con su art. 236.

A continuación vamos a estudiar las modificaciones que supuso entonces para la Comunidad la introducción de un sistema de integración diferenciada en su interior y su compatibilidad o no con el *ius cogens comunitario*.

**SECCIÓN 1: EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA QUE
OBLIGA A INCORPORARSE A UN NIVEL DE
INTEGRACIÓN SUPERIOR: LA TERCERA FASE DE LA
UEM Y EL ESTATUTO DE ESTADO MIEMBRO ACOGIDO A
UNA EXCEPCIÓN.**

Como vimos en la Primera parte de este Trabajo, un sistema de integración diferenciada cuya vigencia está limitada temporalmente permite la existencia de distintos niveles de integración dentro de la Comunidad por un periodo de tiempo determinado o no pero nunca indefinido. El origen de este sistema de integración diferenciada se encuentra en la falta de capacidad objetiva de uno o varios Estados miembros, frente a los otros, para profundizar efectivamente en la Comunidad en un determinado momento.

En las líneas siguientes estudiaremos si el sistema de integración diferenciada de este tipo autorizado por el TCE de 1992 para la consecución de una UEM en el interior de la Comunidad era o no compatible con el *ius cogens comunitario*.

Por una parte, sus Protocolos anejos nº11 y 12 relativos a Reino Unido y Dinamarca⁴²⁹ constataban que no todos los Estados miembros de la Comunidad asumían la UEM como objetivo tal y como estaba configurado en el TCEE y que ésta podía no contar *per sempre* con la participación de todos los Estados miembros de la Comunidad; como consecuencia, se producirían dos niveles de integración que podían prolongarse en el tiempo de forma indefinida: uno con los Estados miembros que asumían ese objetivo, y otro con los Estados miembros que no lo asumían; esto provocaba un sistema de integración diferenciada en el espacio dentro de la Comunidad. Por otra parte, ese TCE recogía la posibilidad de que la realización de una UEM entre sólo los Estados miembros que habían asumido ese objetivo, pasara por la práctica previa de una integración diferenciada de carácter temporal.

El sistema de integración diferenciada de carácter temporal aparecía así enmarcado en un sistema de integración diferenciada en el espacio dentro de la Comunidad. Por esta razón entendemos que el estudio de ese sistema de integración diferenciada de vigencia limitada en el tiempo para la consecución de una UEM entre sólo algunos Estados miembros de la Comunidad, exige no hacer abstracción de las peculiaridades que implica en este caso su desarrollo en relación con el sistema de integración diferenciada en el espacio coexistente en la materia.

⁴²⁹ Actuales Protocolos nº25 y 26 respectivamente.

A) Condiciones formales.

El establecimiento de un régimen integración diferenciada temporal en el interior de la Comunidad Europea fue autorizado implícitamente en 1992 por el TCE para el ámbito UEM.

Recogida entonces entre los objetivos de la Unión Europea, art. B del TUE⁴³⁰, y de la Comunidad Europea, arts. 2 y 3A del TCE⁴³¹, la Unión Económica y Monetaria se compone de:

- Unión Económica: se basa en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros (art. 3A.1 TCE⁴³²), lo que significa que los Estados siguen siendo los competentes de modo exclusivo en la materia.

- Unión monetaria: supone la fijación irrevocable de tipos de cambio a fin de establecer una moneda única, así como la definición y aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio únicos con el objetivo de mantener la estabilidad de precios (art. 3A.2 TCE⁴³³); en este caso, llegado el momento, la Comunidad ejercería efectivamente las competencias que le habrían atribuido los Estados miembros.

En virtud del TCE de 1992, los Estados miembros que asumieran jurídicamente el objetivo de UEM tal y como venía configurado por él, realizarían idéntica transferencia de competencias soberanas a la Comunidad en esta materia, aunque era posible que para algunos de ellos ésta no se hiciera efectiva mientras no cumplieran ciertas condiciones objetivas.

Una UEM no puede alcanzarse en cualquier momento y de cualquier modo, sino que deben darse necesariamente unas determinadas condiciones objetivas que garanticen cierta factibilidad; de ahí la exigencia de que para participar efectivamente en la UEM, concretamente en su Tercera fase, los

⁴³⁰ Actual art. 2.

⁴³¹ Actuales arts. 2 y 4.

⁴³² Actual art. 4.1.

⁴³³ Actual art. 4.2.

Estados miembros hubieran de cumplir determinadas condiciones objetivas de convergencia económica y legal⁴³⁴. El no cumplimiento de las condiciones objetivas de convergencia por un Estado miembro en el momento previsto otorgaba a éste una condición de *Estado miembro objetivamente incapaz* de asumir entonces efectivamente los compromisos de la UEM: en tal caso, la asunción efectiva de tales compromisos en esa condición no sólo le perjudicaría a él mismo, sino a la propia UEM y por ende a la Comunidad. La falta de cumplimiento de estas condiciones haría objetivamente imposible la realización de la UEM recogida en el Tratado con la participación efectiva de dicho Estado miembro en ese momento⁴³⁵.

El régimen de integración diferenciada de carácter temporal introducido en el TCE para el ámbito UEM, no sólo no excluía una UEM con la participación de todos los Estados miembros comprometidos⁴³⁶ sino que, como veremos a continuación, contribuía a su realización.

La Primera fase de la UEM comenzó el 1 de julio de 1990⁴³⁷, la Segunda el 1 de enero de 1994⁴³⁸ y la Tercera y última se inició el 1 de enero de 1999⁴³⁹.

⁴³⁴ Sobre el significado y condiciones económicas de una integración monetaria vid., DE GRAUWE, P. *Economics of monetary integration*. Oxford: University Press, 2000, 243 pp., especialmente pp. 23-57 y 128-149.

⁴³⁵ Aunque podrían haberse establecido otros criterios de convergencia distintos a los existentes en el entonces Protocolo nº6 anejo (actual Protocolo nº 21), la situación hubiera podido ser la misma: unos Estados miembros podrían cumplirlos y otros no. Por cierto, parte de la doctrina económica no comparte la idoneidad y la necesidad de los concretos requisitos económicos establecidos en el Tratado para el establecimiento de una UEM y consideran que responden más a criterios políticos que económicos; vid. al respecto, DE GRAUWE, P. "La Economía política de la unión monetaria europea". En FEBRERO, R. (Ed.). *España y la unificación monetaria europea: una reflexión crítica*. Madrid: Abacus, 1994, pp. 97-101.

⁴³⁶ Vid. al respecto los arts. 2, 3A y 105-109M TCE, actuales arts. 2, 4, y 105 a 124 con las modificaciones pertinentes.

⁴³⁷ Vid. Conclusiones Consejo Europeo de Madrid de 26 y 27 de junio de 1989. Bol. CE, 6/1989, pp. 8-17, pto. 1.1.11.

⁴³⁸ Vid. art. 109E.1 TCE, actual art. 116.1.

⁴³⁹ El entonces art. 109J.4 TCE, actual art. 121.4, establecía esta fecha para el inicio de la Tercera fase de la UEM si a finales de 1997 no hubiera sido fijada una fecha al respecto, tal y como ocurrió. Vid. también a este respecto el Protocolo nº10 anejo sobre la transición a la Tercera Fase de la UEM (actual Protocolo nº 24).

Según se desprendía de la lectura conjunta del art. 109J.4 TCE y el Protocolo nº10 anejo, el 1 de enero de 1999 participarían sólo y automáticamente en la Tercera fase de la UEM los Estados miembros que, comprometidos con dicha Tercera fase⁴⁴⁰, cumplieran en el momento previsto con los requisitos objetivos necesarios recogidos en el art. 109J.1 y 2 TCE⁴⁴¹. Aquellos de estos Estados miembros que no cumplieran con tales condiciones quedarían como *Estados miembros acogidos a una excepción* hasta cumplirlas⁴⁴². De esta forma, el TCE

⁴⁴⁰ Estamos, en consecuencia, excluyendo a Reino Unido y Dinamarca. (Vid. Protocolo nº11 sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (actual Protocolo nº25) y el Protocolo nº 12 sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca (actual Protocolo nº 26)). Mención aparte merece Suecia. Sobre la situación jurídica de Reino Unido respecto de la UEM vid. *Infra*, Sección 2; sobre la de Dinamarca vid. *Infra*, Sección 2 y Capítulo V, Sección 1, Epígrafe B); sobre la situación de Suecia, vid. *Infra*, Capítulo V, Sección 1, Epígrafe A).

⁴⁴¹ Actuales arts. 121.1 y 2. Vid. también al respecto el art. 104C.2 TCE (actual art. 104.2) y el Protocolo nº 5 (actual Protocolo nº 20) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo y el Protocolo nº6 (actual Protocolo nº 21) sobre los criterios de convergencia previstos en el art. 109J TCE. Las condiciones para el paso a la Tercera fase de la UEM eran y son): a) convergencia legal: compatibilidad de la legislación nacional de los Estados miembros con los arts. 107 y 108 TCE (actuales arts. 108 y 109) y con los estatutos del SEBC; b) convergencia económica: 1.- déficit público inferior al 3% PIB; 2.- deuda pública no superior al 60% PIB; 3.- estabilidad de precios, inflación que no supere el 1,5% de la media de los tres Estados miembros con tasa más baja; 4.- tipo de interés nominal a largo plazo no superior en un 2% al de los tres Estados con mayor estabilidad de precios; 5.- permanencia de al menos dos años, sin tensiones graves, en los márgenes normales de fluctuación del SME, sin hacer efectiva una devaluación de la moneda en ese periodo. Se han utilizado, pues, criterios de convergencia nominal y no real, aunque ésta sea también un objetivo comunitario (vid. Capítulo I, Sección 1, Epígrafe B), Punto 1), pp. 48 y ss.), posiblemente porque una equiparación de las variables reales resulta demasiado lenta y ello hubiera dilatado en exceso la implantación de la UEM. Hay quien echa de menos la inexistencia de estos requisitos microeconómicos o estructurales (Vid., por ejemplo, CRESPO, M.C. "La Unión Monetaria europea: los *in*, los *out* y los *opting out*". *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2000, nº2, p. 35). Además de esto, según el art. 109J.1, últ. pár. TCE (actual art. 121.1 últ. pár.), habrían de tomarse en consideración "la evolución del ecu [hoy Euro], los resultados de la integración en los mercados, la situación y la evolución de las balanzas de pagos por cuenta corriente y un estudio de la evolución de los costes laborales unitarios y de otros índices de precios".

⁴⁴² Arts. 109K.1 y 2 TCE (actual art. 122.1 y 2). El estatuto del Reino Unido, en caso de que finalmente optara por no pasar a la Tercera fase de la UEM, como ha ocurrido, no respondería en sentido estricto al de *Estado miembro acogido a una excepción*, no sólo por la causa que le sitúa al margen de la UEM, sino por el contenido particular de ese estatuto, que no le permitiría tampoco estar asimilado a los *Estados miembros acogidos a una excepción*. Dinamarca, por el contrario, en caso de optar por no incorporarse a la Tercera fase de la UEM, como ha ocurrido, gozaría de un estatuto *asimilado* al de un *Estado miembro acogido a una excepción* (Vid. *Infra*, Sección 2, Epígrafe B).

de 1992 contemplaba la posibilidad de que no todos los Estados miembros de la Comunidad comprometidos con el objetivo de UEM tal y como en él se establecía, se incorporaran al mismo tiempo a su Tercera fase e hicieran efectiva la transferencia de competencias realizada desde la entrada en vigor del Tratado. Esto generaría dos niveles de integración: uno con los Estados miembros que participaran efectivamente en dicha Tercera fase en el momento inicialmente previsto, y otro con los Estados miembros que no participaran inicialmente en ella por no cumplir las condiciones objetivas de convergencia cuando estaba previsto.

La realización de una UEM sin la participación de todos los Estados miembros por no cumplir algunos de ellos con las condiciones objetivas necesarias en un determinado momento sería sólo *temporal*: unos Estados miembros se incorporarían antes a la UEM que otros, pero se incorporarían finalmente todos ellos. La *temporalidad* de este régimen de integración diferenciada, su imposibilidad de prolongarse de modo indefinido, se desprendería de que:

1.- las condiciones objetivas de paso a la Tercera fase de la UEM eran condiciones *susceptibles de ser cumplidas* por los Estados miembros en algún momento, es decir, no se trataba de condiciones *eternamente* imposibles. Existiría, además, un *mecanismo de coexistencia*⁴⁴³ entre los Estados miembros que permanecieran dentro de la UEM y los Estados miembros que permanecieran fuera de ella que facilitaría el cumplimiento de tales condiciones; de lo contrario, las condiciones objetivas necesarias para participar en la UEM podrían llegar a convertirse en un factor de división permanente entre los Estados miembros que cerrara, en la práctica, la mayor integración a

⁴⁴³ Expresión tomada de CRESPO, M.C. ("La Unión Monetaria europea:..., op. cit., p. 35).

nuevas incorporaciones⁴⁴⁴. Esta coexistencia se articularía a través de la Cohesión Económica y Social, del SME bis, y del Consejo General BCE⁴⁴⁵.

2.- la asunción por los Estados miembros del objetivo UEM tal y como aparecía en el TCE de 1992 obligaba jurídicamente a estos a *cumplir* con las condiciones de convergencia legal, y a *esforzarse* en el cumplimiento de las condiciones de convergencia económica, es decir, a tomar todas las medidas posibles necesarias para ello⁴⁴⁶. En este esfuerzo, los Estados miembros

⁴⁴⁴ Sobre la necesidad de que cualquier sistema de integración diferenciada sea abierto vid. *Infra*, Sección 2, Epígrafe B), Punto 5, letra a).

⁴⁴⁵ En relación con la Cohesión económica y social vid. arts. 103A, 130A-130F TCE (actuales arts. 100, 158-162); en relación con el SME bis, vid. la Resolución del Consejo Europeo de 16 de junio de 1997 sobre el establecimiento de un mecanismo de tipos de cambio en la Tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (DOCE C 236 de 2 de agosto de 1997); en relación al Consejo General del BCE vid. arts. 45-48 de los Estatutos del SEBC y del BCE. CRESPO, M. C. opina que en caso de no existir estos *mecanismos de coexistencia*, no sería descabellado permitir la participación efectiva de todos los Estados miembros desde el comienzo de la Tercera fase, aun a riesgo de que el mercado pudiera interpretarlo como una debilidad de la nueva moneda ("La Unión Monetaria europea:..., op. cit., p. 35). Nos preguntamos al respecto de esta opinión si también podría permitirse lo mismo en caso de que tales mecanismos resultaran insuficientes.

⁴⁴⁶ No parece que pueda equipararse la obligación de los Estados miembros de hacer compatible su legislación nacional con la del TCE y los estatutos del SEBC, con la obligación de cumplimiento de determinadas condiciones económicas. La razón sería que en el primer caso el cumplimiento de la obligación se hace exclusivamente dependiente de la actividad de los Estados miembros, mientras que en el segundo caso factores ajenos a tal actividad podrían impedir el cumplimiento de los criterios objetivos de convergencia económica. Dicho de otro modo: mientras los Estados miembros habrían de *esforzarse* por cumplir en un plazo las condiciones de convergencia económica, habrían de *hacer* compatible su legislación nacional con la del TCE y el SEBC en tal plazo. En consecuencia, el Estado miembro que no alcanzara los criterios económicos de convergencia en ese momento gozaría de una presunción de no negligencia o dolo en ello y la carga de la prueba sobre la existencia de un comportamiento incumplidor recaería sobre la Comisión o Estados miembros (únicos legitimados para interponer un recurso por incumplimiento) que acusaran a otro Estado miembro de incumplir; al contrario ocurriría con el resto de condiciones que el Estado miembro debía cumplir para incorporarse a la Tercera fase de la UEM por lo que, en caso de no llevarlas a cabo, el Estado miembro de que se tratara tendría la carga de la prueba para demostrar que si no cumplía tal y como estaba establecido era por una causa justificada; estamos pensando, por ejemplo, en la independencia de los Bancos Centrales de cada Estado miembro, que debía ser acometida durante la Segunda fase de la UEM (arts. 108 y 109E. 5 TCE, actuales arts. 109 y 116.5). Hay que reconocer en cualquier caso, en primer lugar, la dificultad, aunque no imposibilidad, de identificar los actos imputables a ese Estado miembro, normativos o no, que impidieran o entorpecieran el cumplimiento de los criterios objetivos de convergencia y su paso a la Tercera fase y, en segundo lugar, que el TJCE ha sido muy restrictivo respecto de las circunstancias exonerantes de

comprometidos con la UEM debían desarrollar su propia política económica con el fin de contribuir a los objetivos del art. 2 de ese Tratado⁴⁴⁷ y según las orientaciones que estableciera el Consejo, quien al respecto establecía un sistema multilateral de supervisión⁴⁴⁸; de esta forma quedaría garantizada una coordinación más estrecha de las políticas económicas y una convergencia sostenida de los resultados económicos⁴⁴⁹, necesarias para la consecución de la UEM.

La dejación por un Estado miembro de sus obligaciones en relación con el cumplimiento de las condiciones de acceso a la Tercera fase de la UEM sería susceptible de recurso por incumplimiento, a iniciativa de la Comisión o de cualquier otro Estado miembro (arts. 169 y 170 TCE⁴⁵⁰)⁴⁵¹. Dichas obligaciones permanecerían incluso con posterioridad al inicio de la Tercera fase si los Estados miembros no hubieran cumplido con las condiciones de convergencia en el momento previsto para ello. Los Estados miembros acogidos a una excepción se incorporarían a la Tercera fase de la UEM con posterioridad a su inicio si cumplieran las condiciones objetivas de convergencia, con o sin petición propia, y tras una previa decisión del Consejo confirmatoria de dicho cumplimiento (art. 109K.2 TCE)⁴⁵².

incumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros (Vid. *Supra*, nota al pie nº 280).

⁴⁴⁷ Actual art. 2.

⁴⁴⁸ Vid. arts. 103.4 TCE y 109 E.2 a) y b) TCE, actuales arts. 99.4 y 116.2a) y b) respectivamente.

⁴⁴⁹ Vid. arts. 102A y 103.2 y 3 TCE, actuales arts. 98, 99.2 y 3 respectivamente.

⁴⁵⁰ Actuales arts. 226 y 227.

⁴⁵¹ Vid. también el art. 104C.8 TCE, actual art. 104.8, que permitía al Consejo hacer públicas sus recomendaciones dirigidas a un Estado miembro con un déficit público excesivo si tales recomendaciones no hubieran sido seguidas por tal Estado miembro. En virtud del art. 104C.10 TCE (actual art. 104.10), cuando ante la existencia de un déficit público excesivo en un Estado miembro, el Consejo pidiera a ese Estado miembro que tomara medidas dirigidas a la reducción de ese déficit, y éste no respondiera a tal requerimiento, la posibilidad de acudir al TJCE vía recurso por incumplimiento era expresamente excluida.

⁴⁵² Actual art. 122.2.

De esta manera se alcanzaría una consecución completa de la UEM (esto es, con todos los Estados miembros comprometidos en ello).

Tal y como acabamos de ver, conforme al TCE de 1992 la realización completa del objetivo UEM en la Comunidad (esto es, con la participación efectiva de todos los Estados miembros comprometidos con ello), podía pasar por una previa integración diferenciada de carácter temporal en ese ámbito *si llegada una determinada fecha* alguno de los Estados miembros que asumieron aquél objetivo no cumplían con las condiciones objetivas establecidas que garantizaban su factibilidad; es decir, era posible que la realización de la UEM en la Comunidad alcanzara su plenitud sólo previa integración diferenciada de carácter temporal.

Ahora bien: dado que estos Estados miembros se habían comprometido con el objetivo de UEM configurado en el TCE de entonces⁴⁵³, y que las condiciones objetivas necesarias para incorporarse a su Tercera fase eran susceptibles de cumplirse por todos ellos, nos preguntamos si, en estas condiciones, una UEM en la que participaran todos los Estados miembros *exigía* el establecimiento de una fecha para su inicio irrevocable o si podría alcanzarse evitándolo; es decir, nos preguntamos si podría alcanzarse ese objetivo de UEM prescindiendo de fijar una fecha para el inicio *irrevocable* de su Tercera fase, de modo que ésta se iniciara *sólo una vez que todos los Estados miembros cumplieran con los criterios objetivos necesarios para ello*, esforzándose entretanto en cumplirlos en el más breve plazo de tiempo posible, e incorporándose efectivamente todos al mismo tiempo a la Tercera fase de la UEM.

El establecimiento de una fecha concreta para evaluar el cumplimiento de las condiciones objetivas de incorporación a la Tercera fase de la UEM y el inicio irrevocable de ésta, se justifica en interés de la seguridad jurídica y de la

⁴⁵³ Al margen, como siempre, del Reino Unido y Dinamarca.

propia eficacia del funcionamiento de la UEM. De no ser así, de desconocer el momento concreto en el que se iniciaría ésta, se provocaría una gran inseguridad jurídica y muy probablemente se retrasaría la consecución de la UEM por tiempo indeterminado, lo que mermaría su eficacia.

Por otra parte, la elección de un sistema de integración diferenciada de carácter temporal en lugar de una individualización jurídica transitoria, está vinculada, por un lado, a facilitar el funcionamiento de la UEM y, por otro, al éxito del objetivo de UEM y su imagen exterior: difícil funcionamiento y poca credibilidad tendría una UEM en la adopción de cuyas decisiones participaran activamente Estados miembros que no contaran de momento con las condiciones objetivas necesarias para ser destinatarios de ellas.

El sistema de integración diferenciada de carácter temporal permite combinar positivamente, en definitiva, el establecimiento de una fecha fija para el inicio irrevocable de la UEM con la segura participación en ella de todos los Estados miembros comprometidos al efecto y optimizar su funcionamiento e imagen exterior, en definitiva, su eficacia. De esta forma, la autorización de una integración diferenciada de carácter temporal como la existente serviría a la consecución del objetivo deseado: una UEM en el interior de la Comunidad.

Los días 2 y 3 de mayo de 1998 se reunió el Consejo de la Unión Europea en su formación de Jefes de Estado y de Gobierno, para confirmar, mediante una Decisión y teniendo en cuenta los Informes de la Comisión⁴⁵⁴, del Instituto Monetario Europeo⁴⁵⁵, la Recomendación del Consejo⁴⁵⁶ y el previo

⁴⁵⁴ COM (1998) *EURO 1999*, de 25 de marzo de 1998.

⁴⁵⁵ Informe de convergencia. *Informe requerido por el art. 109J del Tratado Constitutivo de la CE*, de 24 de marzo de 1998, 388 pp.

⁴⁵⁶ Recomendación nº 316 del Consejo de 1 de mayo de 1998 con arreglo al apartado 2 del artículo 109J TCE (actual art. 121) (DOCE L 139 de 11 de mayo de 1998).

Dictamen del Parlamento Europeo⁴⁵⁷, los Estados miembros comprometidos con la UEM que cumplieran las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única (art. 109J.4 TCE)⁴⁵⁸. En aquel momento y según la Decisión del Consejo⁴⁵⁹, Grecia y Suecia eran los dos únicos Estados miembros de la Unión Europea que no cumplieran con los criterios objetivos de convergencia para la adopción de la moneda única⁴⁶⁰. Al margen quedaban el Reino Unido y

⁴⁵⁷ Resolución del Parlamento Europeo de 30 de abril de 1998 (A4-0130) sobre el Informe de convergencia del Instituto Monetario Europeo (C4-0201/98) y al documento de la Comisión titulado “Euro 1999 -25 de marzo de 1998- Informe sobre la Convergencia y correspondiente recomendación con vistas a la transición a la Tercera fase de la UEM” (COM (98) 1999) -C4-0200/98) (DOCE C 152 de 18 de mayo de 1998).

⁴⁵⁸ Actual art. 121.4. La reunión había de celebrarse “a más tardar el 1 de julio de 1998”, y se celebró en mayo. En el Consejo Europeo de Madrid de 15 y 16 de diciembre de 1995 se decidió que la selección de candidatos para la UEM se hiciera lo antes posible en 1998 basando dicha selección en los datos más recientes y fiables del año 1997 (Bol. UE 12/95, pp. 10-56, especialmente ptos. 1.3 a 1.6 y 1.49).

⁴⁵⁹ Decisión del Consejo nº 317 de 3 de mayo de 1998 con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 109J del Tratado (DOCE L 139 de 11 de mayo de 1998).

⁴⁶⁰ La interpretación que se hizo de los criterios de convergencia económica del art.109J.1 TCE y los Protocolos nº 5 y 6 anejos a él relativos a los criterios de convergencia previstos en aquel artículo no fue estricta sino flexible. Esta interpretación flexible venía amparada por la letra del propio Protocolo cuando se refería a los criterios de convergencia que *orientarían* a la Comunidad en el momento de la adopción de las decisiones sobre el paso a la Tercera Fase de la UEM del art. 109J TCE. SIDEK, M. en este sentido, dice que la letra de los Protocolos nº 5 y 6 no es rígida (“A critical interpretation of the EMU convergence rules”. *LIEI*, 1997, nº1, vol. 24, p. 6). Esta flexibilidad en el margen de apreciación respecto del cumplimiento de los criterios se manifestó en relación con: A)- el déficit público excesivo: en esta ocasión, “el criterio relativo a la situación del presupuesto público, contemplado en el segundo guión del apartado 1 del art. 109J.1 TCE, se entenderá en el sentido de que, en el momento del examen, el Estado miembro de que se trate no sea objeto de una decisión del Consejo con arreglo al apartado 6 del artículo 104C del Tratado [actual art. 104], relativa a la existencia de un déficit público excesivo en dicho Estado miembro” (art. 2 Protocolo nº6). El art. 104C.6 TCE permitía que el Consejo adoptara una decisión sobre la existencia de déficit excesivo en un Estado miembro, habiendo considerado las alegaciones de este Estado miembro, y sobre la base de una Recomendación de la Comisión que atendería a los criterios siguientes: 1.- si la proporción entre el déficit público previsto o real y el PIB sobrepasaba el 3% salvo que la proporción hubiera descendido *sustancial y continuadamente* y llegado a un nivel que se *aproximara* a ese valor; o que ese valor se sobrepasara sólo *excepcional y temporalmente*, y la proporción se mantuviera *cercana* a ese valor; o que lo superara de manera *excepcional y temporal* aunque *cercana* a ese valor (arts. 104C.2a) TCE y art. 1 del Protocolo nº5 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo; 2.- si la proporción entre deuda pública y PIB superaba el 60%, a menos que la proporción disminuyera *suficientemente* y se aproximara a un ritmo *satisfactorio* al valor de referencia (art. 104C.2b) TCE y art. 1 Protocolo nº5 anejo. Como hemos destacado por las palabras en cursiva, la apreciación de la existencia de

Dinamarca, que no fueron objeto de evaluación puesto que ambos habían

un déficit excesivo permitía cierto margen de apreciación y la puesta en marcha de una derogación respecto de la existencia de tal déficit, de acuerdo con el art. 104C.12 TCE. Así, los valores utilizados para este criterio de convergencia fueron valores de referencia en sentido estricto, y no valores absolutos. A 31 de abril de 1998, Bélgica, Alemania, Austria, Francia, Italia, España, Portugal, Suecia y Reino Unido, fueron objeto de una decisión del Consejo de acuerdo con el art. 104C.6 TCE. Estas Decisiones se derogaron por Decisión del Consejo de acuerdo con el art. 104C.12 TCE considerando que el déficit excesivo en cuestión se había corregido. La utilización de la flexibilidad en esta ocasión estaba pues permitida, aunque no dejamos de sorprendernos por la aplicación que al respecto se hizo para Italia y Bélgica, cuya deuda pública distaba mucho del valor de referencia del 60%, situándose en el 121,6% y el 122,2% respectivamente, es decir, más del doble, aunque estuviera en camino decreciente (vid. puntos 4.4.1 y 4.4.5 del Informe de la Comisión, COM (1998) *Euro 1999*, de 25 de marzo de 1998, Decisión del Consejo nº 307 de 1 de mayo por la que se derogaba la Decisión sobre la existencia de un déficit excesivo en Bélgica (DOCE L 139, de 11 de mayo de 1998), y Decisión del Consejo nº 311 de 1 de mayo, por la que se derogaba la Decisión sobre la existencia de un déficit excesivo en Italia (DOCE L de 11 de mayo de 1998); B) - Otro de los criterios objetivos de convergencia era el de “el respeto, durante dos años como mínimo, sin que se haya producido devaluación frente a la moneda de ningún otro Estado miembro, de los márgenes normales de fluctuación que establece el mecanismo de tipos de cambio del Sistema Monetario Europeo” (art. 109J.1 TCE). Si bien es cierto que la participación en el SME cuando fue establecido era de carácter voluntario, la vinculación del SME en el TCE con la consecución de la UEM, al ser exigida su participación en él para la consecución de ésta, convertía la participación en el SME de opcional en obligatoria; el Protocolo nº6 sobre los criterios de convergencia previsto en el art. 109J TCE, dice que “el criterio relativo a la participación en el Mecanismo de cambio del Sistema Monetario Europeo, contemplado en el tercer guión del apartado 1 del art. 109J del Tratado, se entenderá en el sentido de que los Estados miembros hayan observado, sin tensiones graves y durante por lo menos los dos años anteriores al examen, los márgenes normales de fluctuación dispuestos por el Mecanismo de Tipo de Cambio del Sistema Monetario Europeo. En particular, no habrán devaluado, durante el mismo periodo, por iniciativa propia, el tipo central bilateral de su moneda respecto de la de ningún otro Estado miembro”. En esta ocasión había cuatro Estados que no cumplían *en puridad* con este criterio: Finlandia, Italia, Suecia y Grecia. Los dos primeros porque no habían cumplido con el mínimo de dos años necesario de permanencia en el SME llegado febrero de 1998 (el periodo de referencia utilizado para verificar la estabilidad de las monedas nacionales fue de febrero de 1996 a febrero de 1998, (vid. punto 5.1 del Informe de la Comisión, COM (1998) *Euro 1999*, de 25 de marzo de 1998) y los dos últimos porque llegada esa fecha no habían participado en el sistema. De ello se deduce que mientras la letra del Tratado exigía un mínimo de dos años en la participación del SME, en la práctica se aplicó “un cierto tiempo”; no parece existir dudas sobre la necesaria participación en el SME, sino sólo en cuanto al tiempo que ésta debía durar. La aplicación que se ha hecho en este caso de este criterio de convergencia ha sido flexible; la finalidad de este criterio era el mantenimiento de una moneda estable; para ello se utiliza como referencia la fluctuación en el interior del SME, siendo el marco temporal de carácter indicativo y no obligatorio; puede apreciarse la estabilidad de una moneda sin necesidad de esperar el plazo de dos años (Vid. pto. 5 y especialmente los puntos 5.2.2 y 5.3 del Informe de la Comisión COM (1998) *Euro 1999*, de 25 de marzo de 1998, que es acogido en sus mismos términos por el Consejo en su formación de Jefes de Estado y de Gobierno en su Decisión de 3 de mayo de 1998).

notificado al Consejo que no formarían parte de la UEM en ejercicio de su derecho establecido por los Protocolos nº11 y 12 anejos, respectivamente.

Aunque Grecia y Suecia eran los únicos dos Estados miembros que no cumplían objetivamente con las condiciones necesarias para incorporarse a la Tercera fase de la UEM, sólo Suecia no podía, con seguridad, quedar en sentido estricto como *Estado miembro acogido a una excepción* tal y como lo contemplaba el TCE de 1992. La razón que impedía calificar a Suecia como *Estado miembro acogido a una excepción* estaba en que este calificativo se reservaba, tal y como se deduce del contexto en que se incardinaba, a los Estados miembros que no cumplieran *a pesar de sus esfuerzos* con los criterios objetivos de convergencia para incorporarse a la UEM; el no cumplimiento por Suecia de estos criterios obedecía simplemente a su decisión unilateral de no incorporarse a la UEM⁴⁶¹.

Grecia, según la Decisión del Consejo de 3 de mayo de 1998, había adaptado su legislación nacional a los arts. 107 y 108 TCE⁴⁶² y a los Estatutos del SEBC, pero no cumplía con ninguno de los criterios económicos de convergencia⁴⁶³. Dado que la obligación de los Estados miembros en virtud del TCE en materia UEM no era alcanzar una convergencia económica determinada en tiempo cierto, sino la de esforzarse por alcanzarla, y Grecia no se manifestó en ningún momento contraria a incorporarse a la Tercera fase, el hecho de que Grecia no hubiera alcanzado los objetivos de convergencia

⁴⁶¹ Sobre la negativa unilateral de Suecia a incorporarse a la Tercera Fase de la UEM vid. *Infra*, Capítulo V, Sección 2, Epígrafe A), pp. 244 y ss.

⁴⁶² Actuales arts. 108 y 109.

⁴⁶³ En mayo de 1998 ni siquiera una interpretación flexible de los criterios económicos de convergencia hubiera permitido entender que Grecia cumplía con los criterios objetivos de convergencia: mientras en materia de inflación el valor de referencia se situaba en 2,77%, en Grecia era de un 5,2%; mientras en déficit el valor de referencia era el 3%, Grecia contaba con un 4%; en materia de deuda pública el valor de referencia se situaba en el 60% y Grecia contaba con un 108,7%; mientras en los tipos de interés el valor de referencia era el 7,8%, en Grecia se situaba en el 9,8%; Grecia se incorporó al SME en marzo de 1998; si bien es cierto que la deuda pública en Grecia era inferior a Italia y Bélgica y en relación a esos dos países se derogó, respecto a Grecia no era posible esa flexibilidad dada su situación ante los demás criterios de convergencia existentes (COM (1998) *EURO 1999*, de 25 de marzo de 1998).

económica a 3 de mayo de 1998, no le convertía automáticamente en Estado miembro incumplidor, sino que sería el comportamiento doloso o negligente que pudiera haber desarrollado hasta entonces en acciones relativas a la convergencia económica que debía alcanzar en relación con el resto de Estados de la CE (elemento subjetivo) y que le impediría alcanzar tal convergencia (elemento objetivo), el que podría convertirle en Estado miembro incumplidor. La existencia de un incumplimiento por parte de Grecia respecto de sus obligaciones en relación con la UEM incluso posteriormente al inicio de la Tercera fase, podría ser determinada a la luz de los resultados al respecto del sistema multilateral de supervisión y control establecido por el propio Consejo⁴⁶⁴.

B) Desarrollo.

Las *dos velocidades* en materia UEM, la existencia temporal de dos estadios de integración en relación con esta materia en la Comunidad, se traduciría jurídicamente en la *no efectividad temporal* de la transferencia de competencias que significaba la Tercera fase de la UEM para los Estados miembros que, comprometidos con la UEM, no cumplieran con las condiciones necesarias para incorporarse a la Tercera fase de la UEM en el momento previsto a pesar de sus esfuerzos, es decir, para los Estados miembros que permanecieran como *Estados miembros acogidos a una excepción*. Concretamente, esta no efectividad temporal de dicha transferencia de competencias se traduciría en la no aplicación temporal del Derecho que surgiera de esa mayor integración a los Estados miembros que no cumplieran con las condiciones objetivas necesarias para incorporarse a la Tercera fase de la UEM y en su no participación en el sistema institucional, orgánico y procedimental de dicha Tercera fase.

⁴⁶⁴ Vid. arts. 103.4 TCE y 109 E.2 a) y b) TCE, actuales arts. 98, 99.2 y 3, respectivamente.

Como ya hemos dicho en otro momento, la Tercera y última fase de la UEM se inició el 1 de enero de 1999. Sólo a partir de este momento eran aplicables los arts. 103A.2, 104C.1, 9 y 11, 105, 105A, 107, 109, 109A, 109B y 109C.2 y 4 TCE⁴⁶⁵, de acuerdo con el art. 109E.3, 2º pár. TCE⁴⁶⁶. Sin embargo, y de acuerdo con el art. 109K.3 TCE⁴⁶⁷, algunas de estas disposiciones, así como otras directamente ligadas a ellas, no serían aplicables a los Estados miembros que no cumplieran las condiciones necesarias para entrar en la Tercera fase de la UEM, a los denominados *Estados miembros acogidos a una excepción*: las relativas al requerimiento del Consejo para tomar las medidas necesarias y reducir el déficit público⁴⁶⁸ y las referidas a los derechos y obligaciones que les corresponderían dentro del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC)⁴⁶⁹. Concretamente,

- se establecía una excepción en relación a los derechos y obligaciones de los Estados miembros dentro del SEBC (arts. 105.1,2,3 y 5, 105A, 108A, 109A.2.b), 109K.5 TCE y art. 43 del Protocolo nº3 anejo TCE sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo⁴⁷⁰): al SEBC corresponde la elaboración y aplicación de una política monetaria única que significa la fijación irrevocable de tipos de cambio a fin de establecer una moneda única y una política monetaria y de tipos de cambio único. El no cumplimiento por los Estados miembros de las condiciones objetivas necesarias para incorporarse efectivamente a la Tercera fase de la UEM impediría su participación en ella y llevaría necesariamente a que no les

⁴⁶⁵ Actuales arts. 100.2, 104.1,9 y 11, 105, 106, 108, 111, 112, 113 y 114.2 y 4, respectivamente.

⁴⁶⁶ Actual art. 116.3, 2º pár.

⁴⁶⁷ Actual art. 122.3.

⁴⁶⁸ Art. 104C.9 y 11 TCE, actual art. 104.9 y 11, respectivamente.

⁴⁶⁹ Arts. 105.1,2,3 y 5, 105A, 108A, 109, 109A.2.b), 109K.5 TCE y Capítulo IX Estatutos del SEBC y del BCE, actuales arts. 105.1,2,3 y 5, 106, 110, 111, 112.2.b), 122.5, respectivamente y Capítulo IX Estatutos del SEBC y del BCE.

⁴⁷⁰ Actual Protocolo nº 18.

fueran aplicables, de momento, ciertas disposiciones relativas a quien sería su director, el SEBC.

Conforme al art. 48 de los Estatutos del SEBC y del BCE, “los Bancos centrales de los Estados miembros acogidos a una excepción no desembolsarán el capital suscrito [para el BCE] a no ser que el Consejo General por una mayoría que represente como mínimo 2/3 del capital suscrito del BCE y al menos a la 1/2 de los accionistas, decida que debe pagarse un porcentaje mínimo como contribución a los costes operativos del BCE”. Esta es la única disposición específica de carácter financiero en relación con la Tercera fase de la UEM, que deja abierta la posibilidad de que gastos operativos de la puesta en marcha de la mayor integración en el ámbito UEM sean sufragados por la totalidad de los Estados miembros comprometidos con ella⁴⁷¹.

- tales Estados miembros no quedarían sometidos al requerimiento del Consejo para tomar las medidas necesarias y reducir su déficit público (art. 104C.9 y 11 TCE): los Estados miembros que permanecieran como *Estados miembros acogidos a una excepción* habrían de cumplir los criterios del art. 109J.1 TCE para poder pasar a la Tercera fase de UEM. Entre estos criterios estaba el de no tener un déficit público excesivo o, lo que es lo mismo, inferior al 3% PIB (art. 109J.1, 2º pár. TCE y art.1 Protocolo nº5 anejo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo); si no lo cumplieran no contarían con una de las condiciones necesarias para pasar a la Tercera fase⁴⁷². La obligación jurídica de los Estados no sería cumplir, sino intentar cumplir.

⁴⁷¹ Reino Unido y Dinamarca también puede unirse a sufragar estos gastos según el art. 9c) del Protocolo nº 11 y del art. 2 del Protocolo nº11, respectivamente. Vid. la Decisión del Banco Central Europeo de 1 de diciembre de 1998, por la que se adoptan las medidas necesarias para el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los Bancos Centrales nacionales de los Estados miembros no participantes. (DOCE L 110, de 28 de abril de 1999).

⁴⁷² Vid. Condiciones económicas de convergencia, art. 109J.1 TCE (actual art. 121) y Protocolos nº 5 y 6, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo y sobre los criterios de convergencia respectivamente (actuales Protocolos nº 20 y 21, respectivamente).

Por otro lado, los Estados miembros que pasaron a la Tercera fase, y que consiguieron no tener un déficit público excesivo, deberían mantenerlo. Ese sería el sentido del art. 104C.1 TCE y los apartados 9 y 11 de este mismo artículo⁴⁷³. Por eso, cuando los apartados 9 y 11 no fueran aplicables a los Estados acogidos a una excepción, pero sí lo fuera el apartado 1, éste debería interpretarse en concordancia con el art. 109J TCE.

De acuerdo con lo que acabamos de ver, los *Estados miembros acogidos a una excepción* quedaban *temporalmente* situados en un nivel inmediatamente *inferior* a aquel del que gozaban los Estados miembros que pasaban a la Tercera fase, aunque *superior* al de la Segunda fase⁴⁷⁴, hasta que alcanzaran los criterios objetivos de convergencia legal y económica.

Grecia ha permanecido hasta el 1 de enero de 2001 como Estado miembro acogido a una excepción. Ha disfrutado de una situación jurídica diferenciada dentro de la UEM que ha originado una integración diferenciada en tiempo no determinado en el interior de la Comunidad Europea. Esto ha significado para este Estado miembro que hasta entonces no le han sido aplicables las disposiciones de los Tratados relativas al requerimiento del Consejo para tomar las medidas necesarias y reducir su déficit público⁴⁷⁵, tampoco los derechos y obligaciones que le hubieran correspondido dentro del

⁴⁷³ El “Pacto de estabilidad” pretende asegurar la disciplina presupuestaria durante la Tercera fase de la UEM; El Pacto de estabilidad comprende: Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento adoptado en Amsterdam el 17 de junio de 1997, (DOCE C 236 de 2 de agosto de 1997); Reglamento CE nº 1466 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y la supervisión y coordinación de las políticas económicas (DOCE L de 2 de agosto de 1997); Reglamento CE nº 146 del Consejo de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento relativo a los déficits públicos excesivos (DOCE L 209 de 2 de agosto de 1997).

⁴⁷⁴ Formarán parte, por ejemplo, del Sistema Europeo de Bancos Centrales (vid. art. 109L TCE en relación con el art. 109K TCE (actuales arts. 123 y 122, respectivamente) a través del Consejo General (art. 45 Protocolo nº 3 (actual Protocolo nº 18) sobre los Estatutos del SEBC y del BCE.

⁴⁷⁵ Vid. arts. 109K.3, 104C.9 y 11 TCE, actuales arts. 122 CE, 104.9 y 11.

Sistema Europeo de Bancos Centrales⁴⁷⁶, determinados acuerdos monetarios⁴⁷⁷; asimismo pudo seguir emitiendo en exclusiva su propia moneda sin plazo o restricción futura alguna⁴⁷⁸. El 1 de enero de 2001, tales excepciones llegaron a su fin con la extinción de su estatuto como Estado miembro acogido a una excepción, tras la solicitud de Grecia el 9 de marzo de 2000 de incorporarse efectivamente a la Tercera fase de la UEM⁴⁷⁹, y una vez seguido el procedimiento prescrito al respecto en el art.109K.2 TCE⁴⁸⁰.

Estas peculiaridades que acabamos de ver en la aplicación del Derecho de esa mayor integración y en los derechos y obligaciones de ciertos Estados miembros en las instituciones, órganos y procedimientos de la Comunidad eran, desde el punto de vista comunitario y tal y como hemos visto, una necesidad temporal e inherente a la realización del objetivo UEM y, desde el punto de vista de los Estados miembros, una consecuencia temporal e inherente a las

⁴⁷⁶ Vid. arts. 105.1, 2, 3 y 5, 108A, 109A.2.b), 109K.5 TCE, y Capítulo IX Estatutos del SEBC y del BCE, actuales arts. 105.1, 2, 3 y 5, 110, y 112.2.b), 122.5 respectivamente y Capítulo IX Estatutos del SEBC y del BCE, respectivamente.

⁴⁷⁷ Art. 109 TCE, actual art. 111.

⁴⁷⁸ Art. 105A TCE, actual art. 106.

⁴⁷⁹ Bol. UE 3/2000, pto. 1.3.8.

⁴⁸⁰ Actual art. 122.2 TCE. Vid. al respecto Informe del Banco Central Europeo de 28 de abril de 2000; Rapport de la Commission sur l'état de la convergence 2000, de 3 mai 2000 (Doc. COM(2000)277 final; Informe del Parlamento Europeo de 15 de mayo de 2000 sobre la propuesta de decisión del Consejo relativa a la adopción de la moneda única por Grecia el 1 de enero de 2001 (Doc. A5-0135/2000); Decisión del Consejo n° 427 de 19 de junio de 2000, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 122 del TCE para la adopción por Grecia de la moneda única el 1 de enero de 2001 (DOCE L 167 de 7 de julio de 2000). Según el Informe de convergencia de la Comisión, la legislación nacional de Grecia, incluido el estatuto de su Banco Central, era compatible con los arts. 108 y 109 TCE, la tasa de inflación del 2% era inferior al valor de referencia, el dracma había permanecido por dos años en el SME bis sin tensiones graves y sin devaluación a iniciativa propia, la tasa media de los tipos de interés con un 6,4% era también inferior al valor de referencia, y el Consejo había derogado mediante Decisión n°33 de 17 de diciembre de 1999 la Decisión relativa a un déficit excesivo en Grecia (DOCE L n° 12 de 18 de enero de 2000): Grecia cumplía con las condiciones de convergencia necesarias para incorporarse efectivamente a la Tercera fase de la UEM.

diferencias objetivas entre los Estados miembros y su incapacidad para participar en la Tercera fase de la UEM.

En consecuencia, el sistema integración diferenciada de carácter temporal implicaría la utilización de las instituciones, procedimientos y mecanismos de la Comunidad para la consecución de un objetivo comunitario, con la particularidad de no hacer efectiva al mismo tiempo para todos los Estados miembros la transferencia de competencias efectuada, como exigencia inherente a la consecución del objetivo comunitario. La no efectividad temporal de la transferencia de competencias realizada por los Estados miembros, sería un mecanismo de funcionamiento estrictamente temporal de las instituciones, procedimientos, mecanismos y Derecho de la Comunidad que garantiza la consecución del objetivo comunitario y que sería incapaz de alterar su naturaleza comunitaria precisamente por dos factores: la certeza sobre su temporalidad y su inherencia a la consecución de un objetivo comunitario.

Como consecuencia, si el Derecho que surgiera de la mayor integración que suponía la práctica de una integración diferenciada de carácter temporal en el ámbito UEM fuera un Derecho obligatorio para *todos* los Estados miembros de la Comunidad, dicho Derecho podría calificarse de Derecho comunitario, sin que su carácter de tal desapareciera por su no aplicación temporal a determinados Estados miembros; lo mismo podría decirse de los procedimientos, instituciones y mecanismos utilizados al efecto.

Sin embargo, aunque el desarrollo del régimen de integración diferenciada de carácter temporal recogido en el TCE en el ámbito UEM respondía en líneas generales a este esquema, tenía una particularidad: se practicaba junto con un régimen de integración diferenciada en el espacio en la misma materia. Como consecuencia, la condición no comunitaria del sistema jurídico, procedimental e institucional de la integración diferenciada en el

espacio determinaba la imposibilidad de considerar como tal al propio sistema de la integración diferenciada de carácter temporal⁴⁸¹.

La dependencia de esta integración diferenciada temporal de una integración diferenciada en el espacio, impediría considerar a la UEM como “acervo comunitario”. Por esa razón habría que pactar caso por caso la adhesión de cada nuevo Estado miembro a la UEM, esto es, el compromiso de hacer efectiva la pertinente transferencia de competencias en materia UEM en el momento de contar con las condiciones objetivas de convergencia para ello, y el de esforzarse por conseguirlo quedando entretanto como Estados miembros acogidos a una excepción.

La formulación negativa del régimen de integración diferenciada en el espacio en materia UEM, poniendo el acento en la minoría de Estados miembros que quería permanecer al margen de la profundización que aquélla suponía, convertía en excepción la no participación en la UEM. Por eso, aunque la UEM no fuera acervo, parece lógico entender que cualquier Estado miembro que se incorporara a la UE se adhería a la UEM salvo acuerdo expreso en contra; es decir, no se adhería a la excepción que suponía no participar en la UEM, sino al que podemos denominar régimen general que suponía aquélla, sin perjuicio de tener que quedar temporalmente como Estado miembro acogido a una excepción⁴⁸².

C) Efectos.

1) En el interior de la Comunidad Europea: ad intra.

Cuando el TCEE se refería al objetivo de la UEM en la Comunidad en los arts. 2, 8A y 102A TCEE, lo hacía pensando en su realización con la participación de todos los Estados miembros, sin plantear ningún tipo de integración diferenciada al respecto y utilizando el sistema comunitario para

⁴⁸¹ Sobre este régimen de integración diferenciada en el espacio vid. *Infra*, Sección 2.

⁴⁸² Vid. *Infra*, Sección 2, Epígrafe B), Punto 5).

ello tal y como se concebía hasta entonces⁴⁸³. El objetivo UEM así contemplado era, en consecuencia, un objetivo comunitario.

El régimen de integración diferenciada temporal establecido en la Comunidad mediante el TCE para su utilización en caso de que no todos los Estados miembros comprometidos en ello cumplieran con las condiciones objetivas necesarias para incorporarse a la Tercera fase de la UEM en el momento previsto, no sólo era perfectamente compatible con el establecimiento de una UEM sino que, como hemos visto, contribuía a su realización. Por eso, el objetivo de UEM en el TCE que pretendía conseguirse a través de un régimen de integración diferenciada temporal sería perfectamente coincidente con el objetivo de UEM en el TCEE, alejado de producir por sí mismo cualquier efecto regresivo en la Comunidad, si no fuera porque la práctica de esa integración diferenciada temporal para la consecución de una UEM quedaba limitada a sólo algunos Estados miembros al practicarse junto con una integración diferenciada en el espacio, lejos del objetivo comunitario al que se refería el TCEE⁴⁸⁴.

2) En el exterior de la Comunidad Europea: ad extra.

En el art. 109 TCE⁴⁸⁵ se contemplaba expresamente la posibilidad de que se celebraran acuerdos internacionales entre la Comunidad y terceros Estados sobre un sistema de tipos de cambio para el Ecu (hoy Euro) con monedas no comunitarias. Este artículo no resultaría aplicable a los Estados miembros acogidos a una excepción conforme al art. 109K.3 TCE, quienes, entretanto,

⁴⁸³ Posterior TCE, actuales arts. 2 y 18 tras su modificación y art. 98, respectivamente. "...fundamentalmente de los artículos 2, 8A y 102A TCEE se desprende que éste tiene por objeto alcanzar una integración económica que desemboque en el establecimiento de una mercado interior y de una unión económica y monetaria. El art. 1 del AUE precisa además que el conjunto de los Tratados comunitarios tiene como objetivo contribuir a hacer progresar de manera concreta la Unión Europea" (Dictamen 1/91 del TJCE... cit., pár. 17).

⁴⁸⁴ Sobre el régimen de integración diferenciada en el espacio vid. *Infra*, Sección 2.

⁴⁸⁵ Actual art. 111.

podrían celebrar acuerdos internacionales por su cuenta sobre los tipos de cambio de su moneda siempre y cuando no dificultaran o impidieran su futura participación en la Tercera fase de la UEM⁴⁸⁶.

En consecuencia, la Comunidad celebraría los acuerdos del art. 109 TCE en una composición restringida temporalmente a los Estados miembros que participaran efectivamente en la Tercera fase de la UEM. Sin embargo, esta composición variable y temporal de la Comunidad en función del ámbito de que se tratara no podría alterar, por sí misma, su unicidad, su personalidad jurídica internacional, pues la Comunidad seguiría siendo una sola. Sería la falta de capacidad objetiva de algunos de sus Estados miembros para hacer efectivas ciertas competencias, concretamente una necesidad temporal e intrínseca a la consecución del objetivo UEM, lo que impediría que participaran en la celebración de tales acuerdos internacionales.

Sin embargo, la Comunidad restringida a sólo los Estados miembros que forman efectivamente parte de la Tercera fase es el producto de una previa restricción de la Comunidad a sólo los Estados miembros comprometidos con el objetivo UEM según el TCE. Por tanto, la unicidad de la personalidad jurídica de la Comunidad, vendrá determinada por los efectos que sobre ella pueda tener la integración diferenciada en el espacio que contempla el TCE en el ámbito UEM⁴⁸⁷.

Por otra parte, el tercero con el que la Comunidad en una composición temporal restringida celebrara un acuerdo internacional en materia UEM, podría exigir una renegociación de tal acuerdo si considerara que un cambio en dicha composición (a consecuencia de la incorporación efectiva de Estados miembros acogidos a una excepción a la Tercera fase de la UEM) supondría igualmente un cambio en las condiciones del acuerdo; esta posibilidad sólo

⁴⁸⁶ Vid. TUYTSCHAEVER, F. *Differentiation in European Union Law*. Hart Publishing: Oxford, 1999, p. 176.

⁴⁸⁷ Sobre el sistema de integración diferenciada en el espacio vid. *Infra*, Sección II.

quedaría excluida en caso de que se hubiera incluido previsoriamente en dicho acuerdo una cláusula que recogiera la posibilidad de tales variaciones⁴⁸⁸.

SECCIÓN 2: EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA QUE NO OBLIGA A INCORPORARSE A UN NIVEL DE INTEGRACIÓN SUPERIOR.

Tal y como vimos en la Primera parte de este Trabajo, este mecanismo de integración diferenciada en el espacio permite, en contra del anterior, una prolongación indefinida y permanente de distintos niveles de integración de los Estados miembros dentro de la Comunidad.

A diferencia de la integración diferenciada de carácter temporal, la integración diferenciada a que nos referimos ahora no tiene su origen en el no cumplimiento por un Estado miembro de las condiciones objetivas estimadas como necesarias para la consecución del objetivo de que se trate, sino: a) en la negativa de un Estado miembro a profundizar en el sistema de integración comunitario, a asumir el nuevo objetivo, ya sea éste en sí mismo, realizando la pertinente transferencia de competencia, ya sea configurado para su consecución en un determinado momento y/o a través de un determinado método, de forma que aquélla no se haga efectiva para él; b) en la reversibilidad de los compromisos jurídicos comunitarios previamente contraídos por un Estado miembro.

⁴⁸⁸ SCHMITTER, C. "Coopérations renforcées et compétences externes de la Communauté européenne". En DONY, M. (Dir.). *L'Union Européenne et le monde après Amsterdam*. Bruxelles: ULB, 1999, pp. 92-93; TUYTSCHAEVER, F. "Quelques réflexions relatives à l'incidence de la coopération renforcée sur les relations extérieures de la Communauté". En LEJEUNE, Y. (Coord.) *Le Traité d'Amsterdam...*, op. cit., p. 407; Id., "Differentiation...", op. cit., pp. 170-183.

A) Condiciones formales.

La práctica de una integración diferenciada en el espacio en el interior de la Comunidad Europea creada en 1992, vino autorizada por el TCE para ámbitos específicos de forma explícita (política social) o implícita (UEM).

i.- De la lectura conjunta de los arts. 2, 3A.2 y 105 a 109M TCE⁴⁸⁹, el Protocolo nº6 sobre los criterios de convergencia⁴⁹⁰ y el Protocolo nº11 relativo a Gran Bretaña e Irlanda del Norte⁴⁹¹, se desprendía que el Reino Unido *no estaba jurídicamente obligado a incorporarse a la Tercera fase de la Unión Económica y Monetaria en ningún momento*.

De este modo el TCE no sólo contemplaba la posibilidad de que no todos los Estados miembros de la Comunidad Europea participaran en la Tercera fase UEM en el momento previsto (como ya vimos), es decir, de que no para todos los Estados miembros se hiciera efectiva la transferencia de competencias realizada cuando estaba previsto, sino que constataba que inicialmente no todos asumían la UEM como objetivo, no todos realizaban la pertinente transferencia de competencias a estos efectos. Esto significa que la UEM podía no contar *per sempre* con la participación de *todos* los Estados miembros de la Comunidad. Dado que no todos los Estados miembros asumían el objetivo UEM, ésta no podría ser, al menos por el momento, objetivo comunitario, y se configuraba simplemente como el objetivo de todos los Estados miembros de la Comunidad salvo el Reino Unido⁴⁹².

Como consecuencia, en el ámbito UEM, al estatuto de los Estados miembros que se incorporaban a la Tercera fase al cumplir los criterios objetivos necesarios para ello en el momento previsto y al estatuto de los Estados miembros acogidos a una excepción, había que sumar el estatuto de un

⁴⁸⁹ Actuales arts. 2, 4.2 y 105 a 124 respectivamente, con las modificaciones pertinentes.

⁴⁹⁰ Actual Protocolo nº 21.

⁴⁹¹ Actual Protocolo nº 25.

⁴⁹² A reserva de las conclusiones a que nos lleve el caso de Dinamarca que comentamos a continuación.

Estado miembro, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, no obligado a incorporarse a la Tercera fase de la Unión Económica y Monetaria por no asumir el objetivo UEM en sí mismo (independientemente del momento y el mecanismo para su consecución).

De la lectura conjunta de los arts. 2, 3A.2 y 105 a 109M TCE⁴⁹³, el Protocolo n°6 sobre los criterios de convergencia⁴⁹⁴ y el Protocolo n°12 sobre determinadas disposiciones relativas a Dinamarca⁴⁹⁵, se desprendía que este Estado miembro podía *decidir libremente el momento que estimara más oportuno para incorporarse a la Tercera fase de la UEM* con la que se hallaba comprometido, esto es, el momento a partir del cual la transferencia de competencia realizada se haría efectiva para este Estado miembro⁴⁹⁶. Dinamarca quedaba así exento de la obligatoriedad y del automatismo de la entrada en la Tercera fase de la UEM en el momento previsto en el TCE de 1992 (1 de enero de 1999) que sólo entonces, con este Tratado, había quedado fijado⁴⁹⁷.

La ratificación del TUE por parte de Dinamarca no significaba necesariamente para ese Estado miembro, a diferencia de para el resto de Estados miembros⁴⁹⁸, una participación automática en la Tercera fase de la UEM y la realización efectiva de la correspondiente transferencia de competencias en el momento previsto una vez cumplidas las condiciones para ello. Esta ratificación sólo significaría para este Estado miembro una obligación de notificar su posición relativa a ello antes de la evaluación del Consejo conforme al art. 109J TCE. La obligación de participar en la Tercera fase de la UEM en el momento previsto cumpliendo los requisitos necesarios para ello

⁴⁹³ Actuales arts. 2, 4.2 y 105 a 124 respectivamente, con las modificaciones pertinentes.

⁴⁹⁴ Actual Protocolo n° 21.

⁴⁹⁵ Actual Protocolo n° 26.

⁴⁹⁶ Esta es la diferencia con el caso del Reino Unido. Vid. *Supra*, Capítulo II, Sección 2, Epígrafe A), Punto 2, Letra a).

⁴⁹⁷ Vid. art. 109J.4 TCE, actual art. 121.4.

⁴⁹⁸ Excepción hecha del Reino Unido.

existiría siempre que no se produjera una notificación al Consejo en sentido contrario por parte de este Estado miembro, y en virtud de una notificación expresa de carácter positivo al respecto por parte del Gobierno danés (art. 1 Protocolo nº 12).

Una notificación positiva estaba subordinada a una *autorización* específica en el ámbito interno para participar en la Tercera fase de la UEM en el momento previsto, cumplidas las condiciones de convergencia, autorización que no se entendería realizada por Dinamarca cuando ratificara el TUE. A esta conclusión llegamos después de leer el segundo párrafo del Protocolo nº12 que se refería a la posibilidad de celebrar un referéndum en Dinamarca “con anterioridad a la participación danesa en la Tercera fase de la UEM” y una vez que el TUE estuviera en vigor. Se estaba haciendo referencia al art. 20.2 de la Constitución danesa que obliga a que, para realizar una transferencia de competencias soberanas, como exigía la Tercera fase de UEM, se proceda a una previa autorización por una mayoría de 5/6 de los diputados del Folketing, o bien por una mayoría de los diputados del Folketing y una mayoría de votos en un referéndum⁴⁹⁹. En consecuencia, aunque se autorizara la ratificación del TUE, antes de la futura entrada en la Tercera fase de la UEM Dinamarca procedería a una manifestación de voluntad al respecto; es decir, Dinamarca habría de contar con una nueva autorización suficiente del Folketing y/o un referéndum positivo al respecto, mientras para el resto de los Estados miembros⁵⁰⁰ la ratificación del TUE y su entrada en vigor significaban una obligación y automatismo en relación a la entrada en la Tercera fase de la UEM si se cumplían las condiciones objetivas para ello.

En definitiva, la ratificación del Tratado por Dinamarca y su entrada en vigor no significaban para este Estado miembro una obligación incondicional e

⁴⁹⁹ El texto completo de la Constitución de Dinamarca puede leerse en español RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M. (Eds.) *Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 1997, pp. 141-151.

⁵⁰⁰ Excepción hecha del Reino Unido

irreversible de participar en la Tercera fase de la UEM en el momento previsto aunque cumpliera las condiciones objetivas para ello; su participación en dicho proceso se condicionaba a una autorización posterior en el ámbito interno de ese Estado miembro, diferente de la prestada para la ratificación del Tratado de la Unión Europea, que le permitía decidir unilateralmente su participación o no en el momento previsto, decisión que habría de producirse después de la entrada en vigor del Tratado y antes del examen del art. 109J.2 TCE (art. 1 Protocolo nº12).

En caso de que Dinamarca decidiera no incorporarse a la Tercera fase de la UEM en el momento previsto para ello, este Estado miembro *disfrutaría de una excepción*, siéndole aplicables todos los artículos y disposiciones del Tratado y del SEBC relativos a una excepción en ese ámbito (art. 2 Protocolo nº 12), pero haciendo depender de su voluntad su incorporación a dicha Tercera fase.

De acuerdo con lo que acabamos de ver, el Reino Unido y Dinamarca aparecían como Estados miembros con una situación jurídica particular dentro del TUE en el ámbito UEM en relación con el resto de Estados miembros: la obligación taxativa para el resto de Estados miembros era para ellos una simple opción soberana. Resulta entonces que las mismas disposiciones, las relativas a la Tercera fase de la UEM, serían obligatorias para todos los Estados miembros salvo para Dinamarca y Reino Unido cuyo sometimiento a tales disposiciones dependería de su voluntad.

En virtud de lo que hemos dicho, el objetivo UEM y todo el régimen establecido para su consecución respondía a la autorización implícita del TCE para la puesta en marcha de un acuerdo entre todos los Estados miembros salvo, en su caso, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y/o Dinamarca. Así puede deducirse de la lectura conjunta del articulado del TCE en la materia y de sus Protocolos anejos nº 11, 12 y 6: el nuevo TCE surgido en 1992 autorizaba implícitamente la utilización de los mecanismos,

procedimientos e instituciones de esa Comunidad, con las adaptaciones necesarias, por todos los Estados miembros, al margen del Reino Unido y/o Dinamarca, en su caso, para la consecución de una UEM entre ellos.

ii.- En relación con la Política social, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no asumiría de momento y por tiempo indefinido, quizás permanentemente, los compromisos jurídicos relativos a la profundización y reforzamiento de la política social previamente existente en el TCEE y sí asumidos por el resto de Estados miembros en el TCE, concretamente en el Acuerdo sobre la política social anejo al Protocolo n°14⁵⁰¹.

En este caso, a través de este Protocolo n° 14 relativo a la política social, se procedió a una autorización explícita de la práctica de una profundización en materia social entre todos los Estados miembros en el interior de la Comunidad, con la excepción del Reino Unido, recurriendo a “las instituciones, procedimientos y mecanismos del Tratado a fin de adoptar entre ellos y aplicar, en la medida en que les afecten, los actos y las decisiones necesarios” para su puesta en práctica (art. 1 Protocolo), con las adaptaciones necesarias para ello⁵⁰².

Como veremos, dado el solapamiento material entre el acervo comunitario en este ámbito y el Acuerdo social, parece que para el Reino Unido dejarán de ser efectivas, según su voluntad, ciertas transferencias de competencias realizadas a la Comunidad, lo que provocaría un opt-out en beneficio de este Estado miembro.

⁵⁰¹ Sobre los motivos del Reino Unido para no formar parte del Protocolo n°14, puede verse especialmente LANGE, P. “Maastricht and the social Protocol: why did they do it?”. *Politics and society*. 1993, 21, pp. 5-36.

⁵⁰² Este Protocolo fue derogado por el Tratado de Amsterdam. El texto del Acuerdo social que, inserto en dicho Protocolo, explicitaba la profundización en esa materia, fue incluido entonces casi literalmente en el Capítulo I del Título XI TCE, en los arts. 136 a 145 TCE

B) Desarrollo.

1) El sistema jurídico e institucional del sistema de integración diferenciada y el sistema jurídico e institucional comunitario.

a) Normas sustantivas.

Como ya hemos dicho en otro momento, la Comunidad Europea antes de 1992 era una Comunidad de Derecho en un triple aspecto: *una misma norma, un mismo juez y una misma fuerza obligatoria* para todos los Estados miembros; el Derecho comunitario era un Derecho uniforme en contenido, significación y aplicación en todos los Estados miembros de la Comunidad. Recordemos, pues, que la Comunidad Europea era una Comunidad de Derecho en la que *todos* los Estados Miembros se sometían al mismo Derecho, el Derecho comunitario, en aquellas materias que habían sido objeto de transferencia de competencias soberanas en favor de la Comunidad, con el fin de conseguir objetivos comunes. Tal Comunidad de Derecho, tal unicidad de Derecho para *todos* sus destinatarios, tenía su base en la igualdad de transferencia de competencias por parte de todos los Estados miembros a la Comunidad y en la efectiva transferencia de competencias para todos ellos en idéntico momento⁵⁰³.

La integración diferenciada en el espacio en los ámbitos UEM y Política social en el interior de la Comunidad en el TCE tendría su causa en: a) la reversibilidad para Reino Unido de los compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos por él en esas materias; b) la no participación voluntaria de Dinamarca en la profundización que significaba la concreta configuración de la UEM en el TCE.

La desigualdad en la transferencia de competencias efectuada por todos los Estados miembros a la Comunidad en esos ámbitos y la no efectividad de la transferencia de competencias efectuada para todos ellos impedirían un único

⁵⁰³ Vid. *Supra*, Capítulo III, Sección 2, Epígrafe B), Punto 3).

Derecho para todos los Estados miembros y, consecuentemente, una única significación y fuerza obligatoria de dicho Derecho. La falta de un contenido, aplicación e interpretación uniformes del Derecho de esa mayor integración en todos los Estados miembros de la Comunidad, no sería una exigencia inherente a la consecución de objetivo comunitario alguno, sino simplemente el resultado del deseo de sólo algunos Estados miembros de utilizar el sistema jurídico comunitario para la consecución de un objetivo entre ellos. La uniformidad en el contenido, aplicación y uniformidad de ese Derecho en el futuro no dependería ya del cumplimiento de ciertas condiciones objetivas, sino de la voluntad de Reino Unido y/o Dinamarca en obligarse por tal Derecho realizando la pertinente transferencia de competencias o participando efectivamente en el nivel de integración superior del que aquél era expresión según el caso.

El Derecho de la mayor integración de sólo algunos Estados miembros en el interior de la Comunidad, al no ser un Derecho uniforme en su contenido y, consecuentemente, ni en su significación, ni aplicación, carecía de elementos que en Derecho comunitario aseguraban su triple uniformidad y unidad al respecto, esenciales a la propia identidad y existencia de la Comunidad como Comunidad de integración antes de 1992⁵⁰⁴: igualdad de atribución de derechos soberanos a la Comunidad por parte de todos los Estados miembros de ésta, efectividad de la transferencia de competencias para todos los Estados miembros, aparato institucional único, obligatoriedad del Derecho para la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad, primacía, aplicabilidad directa y efecto directo de este Derecho sobre los ordenamientos internos de todos los Estados miembros, responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por el incumplimiento de ese Derecho y función del sistema jurisdiccional previsto por el Tratado.

⁵⁰⁴ Vid. Ibid.

Conforme a lo que acabamos de decir, el Derecho que pudiera surgir de la puesta en marcha de la UEM y del Acuerdo inserto en el Protocolo nº 14 sin la participación del Reino Unido y/o Dinamarca, según el caso, manifestación de una mayor integración de sólo algunos Estados miembros en la Comunidad, sería sólo *formalmente* Derecho comunitario por carecer de elementos que constituirían la esencia del Derecho comunitario⁵⁰⁵; esto impediría que pudiera ser calificado como tal en sentido estricto⁵⁰⁶.

Los Protocolos nº 11, 12 y 14 anejos se encargaban de concretar la no aplicación del Derecho que pudiera surgir de la puesta en marcha de la Tercera fase de la UEM y del Acuerdo social a la *totalidad* de los Estados miembros de

⁵⁰⁵ A juicio de WHITEFORD, E. "...the Protocol and the Agreements [sobre la política social] represent a departure from some of fundamental principles on which the Community legal order has been constructed (...) It would appear therefore that if the Protocol is interpreted as mandating Community law binding on 11 Member States only, this represents a significant departure from traditional Community law procedures". ("Social policy...", op. cit., p. 217).

⁵⁰⁶ Considerando que el Acuerdo social inserto en el Protocolo nº 14 y sus actos normativos eran Derecho comunitario: MANGAS MARTÍN A; LIÑAN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Mc Graw Hill, 1996, p. 53; O'KEEFFE, D. "General Course in European Community Law. The individual and European Law". *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, vol. 1, p. 114; VAN RAEPENBUSCH, S. "Le cadre institutionnel de la politique social de l'UE" En *Commentaire J. Mégret. Le droit de la Communauté Européenne et de l'Union Européenne*. Vol. 7. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1998, pp. 58-59; WATSON, P. "Social policy after Maastricht". *CMLR*, 1993, vol. 30, p. 490, y especialmente interesantes pp. 491-494. El Tribunal de Primera Instancia (TPI) parece haberse aproximado a esta interpretación en su Sentencia de 17 de junio de 1998, *UEAPME vs. Consejo* cuando consideraba la Directiva 96/34 del Consejo de 3 junio aprobada con arreglo al apartado 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Política Social, como Directiva que respondía a las exigencias del art. 189 TCE: iba dirigida a los Estados miembros, que estaban obligados a tomar las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por ella, y el tenor literal del Acuerdo marco al que remitía su artículo 1 confería a las autoridades nacionales competencia en relación a la forma y los medios que permitieran alcanzar dichos resultados (As. T-135/96, Rec. 1998 5-6 B, II, pp. 2338-2381, párs. 66). Negando la consideración del Acuerdo social inserto en el Protocolo y de sus actos normativos como Derecho comunitario: CURTIN, D. ("The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces". *CMLR*, 1993, vol. 30, p. 58), MICHALSKI, A. y WALLACE, H. (*The European community: the challenge of enlargement*, London: RIIA, 1992, p. 46). Las primeras opiniones abordarían la cuestión desde un punto de vista formal, y las segundas desde un punto de vista material.

la Comunidad, mientras los Estados miembros situados en el nivel de integración inferior no optaran por incorporarse al nivel de integración superior:

I.- La permanencia del Reino Unido al margen de la Tercera fase de la UEM se traducía en la exclusión de la aplicación a este Estado miembro de ciertas disposiciones; concretamente, no le serían aplicables los arts. 3A.2, 104C.1,9 y 11, 105.1 a 5, 105A, 107, 108, 108A, 109, 109A.1 y 2, 109L.4 y 5 TCE⁵⁰⁷, quedando *asimilado* a un Estado acogido a una excepción sólo para los arts. 109C.4 y 109M TCE⁵⁰⁸ (arts. 3 a 9 Protocolo nº 11). Por su parte, el art. 2 del Protocolo nº12 otorgaba a Dinamarca un estatuto jurídico *asimilado* al de un Estado miembro acogido a una excepción en caso de que permaneciera al margen de la Tercera fase de la UEM (art. 2 Protocolo nº12).

El estatuto del Reino Unido y Dinamarca en caso de no pasar a la Tercera fase de la UEM tal y como preveía el TCE, no sería susceptible de *identificarse*, en nuestra opinión, con el de los Estados miembros acogidos a una excepción por varias razones:

a) por razón de origen: el estatuto de *Estado miembro acogido a una excepción* aparecería reservado, dado el contexto en que aparecía inserto, a los Estados miembros que, comprometidos con el objetivo UEM tal y como aparecía en el TCE, no cumplieran a pesar de sus esfuerzos con los criterios objetivos de convergencia y quedaran fuera de la Tercera fase de la UEM. El origen, como hemos visto, de una no participación de Reino Unido y Dinamarca en la Tercera fase, era distinto.

b) por razón de contenido: para los *Estados miembros acogidos a una excepción* permanecía la obligación de incorporarse a la Tercera fase de la

⁵⁰⁷ Actuales arts. 4, 104.1,9 y 11, 105.1 a 2, 106, 108, 109, 110, 111, 112.1 y 2, 123.4 y 5, respectivamente.

⁵⁰⁸ Actuales arts. 114.4 y 124, respectivamente.

UEM con todas sus consecuencias, incluso después de iniciada ésta. Esos Estados miembros podrían incorporarse a la Tercera fase con o sin petición propia a tal efecto, pero siempre previa decisión confirmatoria del Consejo en su formación de Jefes de Estado y de Gobierno, adoptada a partir del informe presentado al Consejo por la Comisión y el BCE sobre el cumplimiento de las condiciones de convergencia, y previa consulta al Parlamento Europeo (art. 109K.2 TCE). La participación en la Tercera fase no dependía, en consecuencia, de la petición del Estado miembro interesado, sino exclusivamente del cumplimiento de ciertas condiciones objetivas. Dinamarca y Reino Unido, sin embargo, sólo se incorporarían a petición propia. Esto significa que estos Estados miembros no estaban obligados a cumplir, o esforzarse por cumplir, las condiciones de convergencia en el plazo de tiempo más breve posible una vez iniciada la Tercera fase de la UEM en la que ellos de momento no participaran (tampoco lo estuvieron antes), y significa también que sólo se incorporarían cuando lo solicitaran siempre y cuando cumplieran con las condiciones objetivas necesarias, independientemente de que las cumplieran ya con anterioridad a dicha petición (arts. 10.a) Protocolo nº 11 y art. 4 Protocolo nº 12)

Al margen de esta diferencia, el estatuto de Dinamarca tendría un contenido idéntico al de Estado miembro acogido a una excepción en caso de que ese Estado miembro optara por no pasar a la Tercera fase, como finalmente ha ocurrido. Por esta razón podemos decir que este Estado miembro estaría *asimilado* a los Estados miembros acogidos a una excepción en todos los derechos y obligaciones de que fuera sujeto mientras no participara en la Tercera fase, pero nunca como Estado miembro acogido a una excepción⁵⁰⁹. De

⁵⁰⁹ LOUIS, J.V. utiliza este calificativo de *asimilado* para describir la situación de Dinamarca una vez que decidió no entrar en la Tercera fase en el momento previsto ("A legal and institutional approach for building a monetary union". *CMLR*. 1998, vol. 35, p. 64).

hecho, el Protocolo nº 12 en su art. 2 evitaba calificarlo como tal y decía simplemente, “Dinamarca *disfrutará de una excepción*”⁵¹⁰.

El estatuto del Reino Unido, además de lo que acabamos de comentar, no respondería tampoco al de un Estado miembro acogido a una excepción: las excepciones de que sería objeto el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte excederían de las de los Estados miembros acogidos a una excepción, y se referirían en su mayoría a las disposiciones en vigor a partir de la Tercera fase de la UEM (ya fuera una coincidencia expresa o implícita -deducible-)⁵¹¹, concretamente a aquellas implicadas en una puesta en marcha de la Unión monetaria con repercusiones sobre los derechos y obligaciones de los Estados miembros a este respecto⁵¹²; estas excepciones se explican fácilmente porque este Estado miembro no asumía el objetivo de UEM⁵¹³.

Por otro lado, y en relación también con la aplicación o no de ciertas disposiciones del TCE a Reino Unido y Dinamarca cuando estos no participan en la Tercera fase de la UEM, resulta extremadamente sorprendente, a la vez que incomprensible, que estos Estados miembros tengan derecho a participar en la modificación de los Estatutos del SEBC, incluidos aquéllos artículos que no les fueran aplicables. Esto otorga paradójicamente a estos Estados miembros un enorme poder en la modificación de normas que no les son aplicables porque

⁵¹⁰ La cursiva es nuestra.

⁵¹¹ Compárese los arts. 109E.3, 2º párr, 109K.3, 109L.4 y 5 TCE con art. 5 Protocolo nº 11, actuales arts. 116.3, 2º párr, 122.3, 123.4 y 5 y Protocolo nº 25, respectivamente.

⁵¹² Véanse también al respecto el art. 8 Protocolo nº 11 (actual Protocolo nº 25) y el art. 43 Protocolo nº 3 sobre el SEBC (actual Protocolo nº 18).

⁵¹³ Vid. art. 3A.2 TCE y art. 5 Protocolo nº 11 (actuales art. 4 TCE y Protocolo nº 21). Así, por ejemplo, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no estaría obligado a consultar al BCE sobre proyectos normativos que entren en su ámbito de competencias (arts. 4 Protocolo nº 3 (actual Protocolo nº 18) y 105.4 TCE en relación con art. 5 Protocolo nº 11); no estaría obligado a procurar un déficit público, ya que como Estado no comprometido con la UEM, no tendría obligación siquiera de trabajar por ello (art. 104C.1 TCE (actual art. 104 TCE), en relación con art. 5 Protocolo nº 11); el Banco de Inglaterra no estaría sometido al principio de independencia que rige las relaciones entre los Bancos Centrales nacionales y los Gobiernos de los Estados miembros (vid. los entonces arts. 107 y 108 TCE, arts. 7 y 14 Protocolo nº 3 y art. 5 Protocolo nº 11).

permanecen voluntariamente al margen del objetivo fundamental al que éstas contribuyen en ese momento⁵¹⁴.

II.- En el ámbito de la Política social cualesquiera medidas adoptadas en virtud del Protocolo nº14 no serían aplicables en principio al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tal y como se desprendía del art. 1 de dicho Protocolo⁵¹⁵.

b) El aparato institucional.

Las instituciones de la Comunidad antes de 1992 estaban concebidas para la consecución de objetivos comunitarios, objetivos asumidos por la *totalidad*

⁵¹⁴ LOUIS, J-V. "A legal and institutional approach for building a monetary union". *CMLR*. 1998, nº 1, vol. 35, p. 65. Vid. art. 106.5 TCE (actual art. 107.5 TCE), y los arts. 8 Protocolo nº 11, 109K.3 en relación con el art. 2 Protocolo nº 12 y el art. 43 del Estatuto del SEBC.

⁵¹⁵ Afortunadamente sólo fueron cuatro las ocasiones en que se hizo uso del Acuerdo Social y se pusieron en marcha disposiciones sin la participación del Reino Unido. Posteriormente éste Estado miembro decidió aceptar dichas normas: Directiva nº45 del Consejo de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria (DOCE L 254 de 22 de septiembre de 1994) y Directiva 74 del Consejo de 15 de diciembre de 1997 por la que se amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la directiva 94/45 del Consejo sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DOCE L 10 de 16 de enero de 1998); Directiva nº 34 del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DOCE L 145 de 19 de junio de 1996) y Directiva 75 del Consejo de 15 de diciembre de 1997, por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DOCE L 10 de 16 de enero de 1998); Directiva nº81 del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP, y la CES (DOCE L 14 de 20 de enero de 1998) y Directiva nº23 del Consejo de 7 de abril de 1998 por la que se extiende al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el ámbito de aplicación de la Directiva 97/71 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DOCE L 131 de 5 de mayo de 1998); Directiva nº80 del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (DOCE L 14 de 20 de enero de 1998) y Directiva nº52 del Consejo de 13 de julio de 1998, relativa a la ampliación de la Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DOCE L 205 de 22 de julio de 1998).

de los Estados miembros. La acción de las instituciones comunitarias no respondía sino a la efectividad de las competencias atribuidas por *todos* los Estados miembros en determinadas materias para la consecución de esos objetivos.

La función de las instituciones en el marco de una profundización establecida en el interior de la Comunidad susceptible de prolongarse indefinidamente entre sólo algunos Estados miembros no sería la consecución de objetivos comunitarios, sino la consecución de determinados objetivos de tales Estados miembros de la Comunidad en el interior de ésta. Habida cuenta de que “la existencia de objetivos comunes era el prius, fundamento, campo de acción y de aplicación de la Comunidad”⁵¹⁶, desde el momento en que en un determinado ámbito no existían objetivos comunitarios no existía Comunidad y, en consecuencia, tampoco instituciones comunitarias.

Desde el momento en que los Estados miembros no tienen idénticos objetivos y, consecuentemente, no realizan idéntica transferencia de competencias a la Comunidad o esta transferencia no se hace efectiva para todos ellos, las instituciones comunitarias carecen del presupuesto para su existencia; incluso aunque no se produjeran diferencias entre los derechos y obligaciones de los Estados miembros de la Comunidad en dicho aparato institucional, éste no podría ya calificarse de comunitario, al menos en sentido estricto.

I.- De acuerdo con el art. 7 del Protocolo nº11 sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en caso de que este Estado miembro no se incorporara a la Tercera fase de la UEM, el derecho de voto de este Estado miembro en el Consejo quedaría

⁵¹⁶ CONSTANTINESCO, L. “La spécificité..., op. cit., p. 15. A esto parece referirse también PESCATORE, P. *Derecho de la integración: nuevo fenómeno de las relaciones internacionales*. Argentina: INTAL, 1973, p. 42.

suspendido cuando se tratara de adoptar actos relativos a los artículos del TCE que no le fueran aplicables⁵¹⁷. Como consecuencia, la mayoría cualificada se calcularía al respecto sobre los dos tercios del resto de los Estados miembros conforme al art. 109K.5 TCE⁵¹⁸, y la unanimidad, lógicamente, se formaría sin su participación. Especificaba el art. 7 del Protocolo una exclusión para el Reino Unido que ya era deducible de los artículos que no le eran aplicables: no tendría derecho a participar en la designación del presidente, del vicepresidente ni de los demás miembros del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo (BCE)⁵¹⁹.

Por su parte, Dinamarca quedaría como Estado *asimilado* a los Estados miembros acogidos a una excepción, con lo que conforme al art. 109K.5 TCE sus derechos de voto en el Consejo quedarían también suspendidos respecto de los actos adoptados en virtud de los artículos que no le son aplicables⁵²⁰, calculando la mayoría cualificada y la unanimidad para la adopción de dichos actos tal y como acabamos de ver para el caso del Reino Unido⁵²¹.

⁵¹⁷ Actos adoptados en virtud de los arts. 3A.2, 104C.1, 9 y 11, 105.1 a 5, 105A, 107, 108, 108A, 109, 109A.1 y 2, 109L.4 y 5 TCE, actuales arts. 4, 104.1, 105, 106.1 a 5, 108, 109, 110, 111, 112.1 y 2, 123.4 y 5, respectivamente.

⁵¹⁸ Si la mayoría cualificada estaba establecida entonces en 62 votos conforme al art. 148 TCE (tras la ampliación de la UE a Austria, Suecia y Finlandia) y el Reino Unido contaba al respecto con 10 votos, la mayoría cualificada a que se refiere el art. 7 del Protocolo 11 se calcularía sobre 2/3 de 52 votos. Ahora bien: el cálculo no resultaría nada sencillo si se quisiera tener en cuenta el Compromiso de Ioannina conformado sobre finos equilibrios interestatales; conforme a él, “En caso de que miembros del Consejo que reúnan un total de 23 a 25 votos manifiesten su intención de oponerse a la adopción por el Consejo de una decisión por mayoría cualificada, el Consejo hará todo lo que esté a su alcance para conseguir una solución satisfactoria que pueda adoptarse por 65 votos, como mínimo (...)” (vid. Decisión del Consejo de 29 de marzo de 1994, modificada el 1 de enero de 1995 tras la no incorporación de Noruega a la Comunidad, en contra de lo previsto (DOCE C 105 de 13 de abril de 1994 y DOCE C 1 de 1 de enero de 1995)).

⁵¹⁹ Nada parecía impedir que el Reino Unido pudiera participar en las deliberaciones previas a la adopción del acto de que se tratara.

⁵²⁰ Nada parece impedir, tampoco aquí, que Dinamarca pueda participar en las deliberaciones previas a la adopción del acto de que se trate.

⁵²¹ Las peculiaridades insitucionales del ámbito UEM en comparación con el comunitario, las estudia OLESTI RAYO, A. *Los principios del Tratado de la Unión Europea. Del Tratado de Maastricht al Tratado de Amsterdam*. Madrid: Ariel, 1998, pp. 71-77. No se trata de

II.-En virtud del art. 2 del Protocolo nº14 sobre la política social, el Reino Unido no participaría en las deliberaciones ni en la adopción de decisiones por el Consejo con base en ese Protocolo y en el Acuerdo anejo a él. Así, a diferencia del ámbito de UEM, y de acuerdo con el art. 2 del Protocolo, la exclusión del Estado miembro situado en un nivel de integración inferior no se limitaría al voto, sino que también alcanzaría la presencia en las deliberaciones previas a éste. En este caso, la mayoría cualificada pasaría de los 54 votos que prescribía el art. 148.2 TCE, a 44⁵²². La unanimidad también se adoptaría sin la participación del Reino Unido.

De acuerdo con lo que acabamos de ver, la única institución que vería alterado su funcionamiento con la mayor integración de sólo algunos Estados miembros en el interior de la Comunidad en los ámbitos UEM y Política social es el Consejo⁵²³, algo que posiblemente pueda justificarse por ser la institución representativa de los intereses nacionales de los Estados miembros en la Comunidad⁵²⁴.

peculiaridades relacionadas con la integración diferenciada, sino con el ámbito material UEM.

⁵²² Con la modificación introducida a partir de la adhesión de Austria, Suecia, y Finlandia a la Unión Europea se pasaría a necesitar 52 votos. Vid. art. 15.4 de la Decisión nº 1 del Consejo de la Unión Europea, de 1 de enero por la que se adaptan los instrumentos relativos a la adhesión de los nuevos Estados a la Unión Europea (DOCE L 1 de 1 de enero de 1995).

⁵²³ Es lo que se ha llamado “institutional differentiation” por DE WITTE, B. (“The pillar structure and the nature of the European Union: greek temple or french gothic cathedral? En HEUKELS, T.; BLOKKER, N.; BRUS, M. (Eds.). *The European Union after Amsterdam. A legal analysis*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, p. 54). Este funcionamiento particular del Consejo alcanza también a su aparato administrativo, esto es, al COREPER y los Grupos de Trabajo.

⁵²⁴ De esta opinión, aunque referido al Tratado de Amsterdam, ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Diferencias de integración y cooperación reforzada en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos. Estudios. Julio 1998, p. 47. A esto se refiere, también sobre el Tratado de Amsterdam, MANGAS MARTÍN, A., si bien considera que entender que el Consejo es la única institución que representa intereses estatales responde a una lógica comunitaria *muy formal* (“La cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam”. *Comunidad Europea Aranzadi*, 1998, octubre, pp. 35-36). KORTENBERG, H. considera que dado que el Parlamento Europeo no representa a los pueblos de la Unión, sino a los de los Estados miembros, sería perfectamente concebible, desde un punto de vista jurídico,

De todo lo que hemos visto sobre el sistema jurídico e institucional de la mayor integración en el interior de la Comunidad, por tiempo indefinido, de sólo algunos Estados miembros, se desprende que éste no podría ser considerado comunitario *stricto sensu o en sentido material*, sino sólo *lato sensu o en sentido formal* por estar recogido en el TCE y desarrollarse en el interior de la Comunidad.

2) La relación entre la Comunidad Europea y el sistema de integración diferenciada practicada en su interior.

Hasta la entrada en vigor del TUE cualquier profundización *en* la Comunidad, era un avance *de* la Comunidad. Hasta entonces, la profundización *en* la Comunidad podía definirse como el avance del sistema de integración comunitario, como la incorporación al sistema de integración comunitario de nuevas políticas, de ámbitos que anteriormente eran sólo objeto de cooperación y/o de nuevos espacios pertenecientes a ámbitos no suficientemente integrados hasta entonces, en definitiva, de nuevos objetivos comunitarios, y como la utilización de sus mecanismos, procedimientos e instituciones para la consecución de los objetivos comunitarios.

Cualquier profundización así descrita exigía siempre la participación efectiva de la totalidad de los Estados miembros al respecto, aunque fuera de forma progresiva en el tiempo. La razón de esta exigencia era inherente a la

mantener también la posibilidad de que quedaran excluidos los representantes de los Estados miembros no participantes en la mayor integración ("Closer cooperation in the Treaty of Amsterdam". *CMLR*. 1998, vol. 35, p. 847). Por otro lado, es ingenuo pensar que una integración diferenciada no tendría consecuencias *políticas* sobre la composición del Parlamento y la Comisión: ¿acaso habría acuerdo sobre la posibilidad de que un nacional de un Estado miembro de la Comunidad no participante en una integración diferenciada fuera precisamente Comisario de la Dirección general en que esa integración diferenciada se introdujera?; por ejemplo, ¿alguien se imagina a un Comisario británico en la Dirección General de Asuntos Económicos y monetarios? (en este sentido, MONAR, J. "Schengen and flexibility in the Treaty of Amsterdam: Opportunities and risks of differentiated integration in EU Justice and Home Affairs". En DEN BOER, Monica (Ed.). *Schengen, judicial and Policy coordination*. Maastricht: EIPA, 1997, p. 13).

existencia de la propia Comunidad tal y como la conocíamos hasta entonces: la negativa de un Estado miembro a profundizar el nivel de integración alcanzado, materializada en la no asunción por parte de ese Estado miembro de un compromiso jurídico a tal efecto y en la consecuente no realización de la pertinente transferencia de competencias o en su falta de efectividad, permitía concluir que los Estados miembros no compartían un objetivo común, campo de acción y de aplicación de la Comunidad.. Por eso, el objetivo que sirviera a la profundización de sólo algunos Estados miembros en la Comunidad ya no podría considerarse objetivo comunitario, objetivo de la Comunidad, al menos de la Comunidad Europea integrada por los, entonces, Doce Estados miembros⁵²⁵.

De acuerdo con lo que hemos visto, la profundización en materia UEM y política social presente en el TCE de 1992 no suponía incorporación alguna de sus contenidos al sistema de integración comunitario del TCE y no suponía, por tanto, una profundización *en* la Comunidad tal y como la hemos descrito: sin el acuerdo de todos los Estados miembros era imposible una profundización *en* el sistema comunitario de integración tal y como existía hasta entonces, al exigir éste la participación efectiva de todos los Estados miembros en él. La falta de acuerdo entre *todos* los Estados miembros para realizar una profundización de ese tipo *en* la Comunidad, impedía pues que se realizara una profundización *en* el sistema comunitario de integración o, lo que es mismo, un avance *de* la Comunidad. Precisamente por esta razón, sólo podríamos hablar de profundización *en* esta Comunidad en relación con los ámbitos UEM y política social, en cuanto que se realizaba en su interior; es decir, los Estados miembros que lo desearan utilizarían sus mecanismos, procedimientos e instituciones, adaptados en lo necesario, para la consecución de los objetivos deseados por

⁵²⁵ Distinto es que tal objetivo pudiera ser considerado comunitario en cuanto que objetivo de la Comunidad en una composición restringida y en cuanto que su realización se llevaría a cabo en su interior utilizando para ello el entramado de ésta.

ellos; sólo en este sentido la profundización se realizaba *en* la Comunidad, *en* su interior. Como consecuencia, esta profundización *en* la Comunidad puede definirse como la incorporación de nuevas políticas, de ámbitos que antes en el sistema comunitario de integración eran sólo objeto de cooperación, y/o de nuevos espacios pertenecientes a ámbitos no suficientemente integrados hasta entonces, en definitiva, de nuevos objetivos⁵²⁶, a un sistema de integración que no era el estrictamente comunitario sino que estaba *asimilado* a él y en cuyo interior subsistiría al utilizar sus mecanismos, procedimientos e instituciones adaptados en lo necesario, y como la utilización de este sistema para alcanzar los objetivos deseados entre sólo algunos de ellos.

Si bien el sistema de integración utilizado por sólo algunos de los Estados miembros para profundizar dentro de la Comunidad no podía ser calificado de comunitario en sentido estricto, contaba con todas y cada una de las características del comunitario en relación con los Estados miembros que hubieran decidido participar en la mayor integración; en este sentido ese sistema de integración estaba *asimilado* al comunitario, era una réplica de él⁵²⁷, desarrollado en su interior y, en consecuencia, en su respeto, subordinado a él⁵²⁸.

Esta profundización suponía la consecución de los objetivos deseados por algunos Estados miembros en una *estructura comunitaria adaptada a la no participación en ella de todos los Estados miembros* (que es precisamente lo que impedía hablar de profundización *en* el sistema de integración comunitario en sentido estricto). Suponía la creación de un *sistema de integración* dentro del

⁵²⁶ Ya fueran nuevos en sí mismos o cuya novedad estuviera en su concreción temporal o metodológica.

⁵²⁷ En este sentido BRIBOSIA, H. "De la subsidiarité à la coopération renforcée". En LEJEUNE, Yves (Coord.) *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 59; Id., "Différentiation et avant-gardes au sein de l'Union Européenne. Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam". *CDE*. 2000, n° 1-2, p. 71; TUYTSCHAEVER, F. *Differentiation...*, op. cit., p. 63.

⁵²⁸ Vid. BRIBOSIA, H. "De la subsidiarité...", op. cit., p. 63; AREILZA CARVAJAL, J.M.; DASTIS QUECEDO, A. "Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?". *RDCE*. 1997, n°1, vol. 1, p. 25.

sistema de integración comunitario ya existente, un *subsistema de integración comunitario, una Comunidad Europea en el interior de la Comunidad Europea* existente, integrada en ella, pero ni sus instituciones ni su Derecho serían comunitarios *stricto sensu* sino sólo *lato sensu*, en cuanto que se desarrollaban en su interior. Esto exigía, además, que se desarrollara en su respeto, es decir, que sólo se podría practicar una integración diferenciada *por encima* del nivel de integración alcanzado entonces, con el fin de evitar cualquier afectación negativa a éste; se trataría, en definitiva, de una especificación más del art. 5 TCE⁵²⁹ que establecía la obligación de los Estados miembros de abstenerse de poner en peligro la realización de los fines del Tratado.

En definitiva, las relaciones entre la Comunidad y el círculo de la mayor integración se regirían por la subordinación del segundo a la primera, y las relaciones entre los Estados miembros participantes en la mayor integración y ésta, serían un calco de las relaciones de los Estados miembros de la Comunidad con ésta, aunque adaptados en lo necesario a la no participación en él de todos los Estados miembros.

3) La relación entre los Estados miembros participantes en el sistema de integración diferenciada y los Estados miembros que permanecen ajenos a él.

Como acabamos de decir, el art. 5 TCE establecía la obligación de los Estados miembros de abstenerse de poner en peligro la realización de los fines del Tratado. Esto significaba, en relación con la práctica de una integración diferenciada en el interior de la Comunidad que: a) la integración diferenciada había de realizarse por encima del nivel de integración alcanzado entonces de acuerdo con el Derecho comunitario en vigor. Esto podía traducirse concretamente, entre otras cosas, en la prohibición de afectar a los derechos y

⁵²⁹ Actual art. 10.

obligaciones en el interior de la Comunidad de los Estados miembros no participantes en la integración diferenciada; b) los Estados miembros no participantes debían abstenerse de obstaculizar la práctica de esa profundización, pues de hacerlo estarían actuando en contra de las propias disposiciones del Tratado que permitían su puesta en marcha⁵³⁰; de otra manera, además, se generaría una tensión potencialmente desestabilizadora en el interior de la Comunidad⁵³¹. A este respecto, por ejemplo, el Protocolo n°10 sobre la transición a la Tercera fase de la UEM⁵³², establecía que “ninguno de los Estados miembros impedirá el paso a la tercera fase”.

En definitiva, las relaciones entre los Estados miembros participantes en el sistema de integración diferenciada y los que se encontraran ajenos a ella se regirían por el Derecho comunitario general⁵³³.

La permanencia de unos Estados miembros frente a otros en *compartimentos estancos* según participaran o no en el sistema la integración diferenciada⁵³⁴, junto con la necesaria subordinación de ésta al acervo comunitario existente, nos llevan a concluir que la posibilidad de que un Estado miembro ajeno a la integración diferenciada hiciera uso de los mecanismos jurisdiccionales previstos para garantizar la legalidad en el desarrollo de esta integración diferenciada, debería quedar limitada al recurso de anulación, y en un solo caso: la presunta incompatibilidad de la integración diferenciada con el acervo comunitario existente, es decir, cuando presuntamente ésta no respondiera a una mayor integración *sobre* la integración; esto, sin perjuicio del resto mecanismos jurisdiccionales y de este mismo, de los que gozan los

⁵³⁰ En este sentido, TUYTSCHAEVER, F. *Differentiation...* op. cit., p. 176.

⁵³¹ En este sentido MONAR, J. “Schengen and flexibility ...”, op. cit., p. 13.

⁵³² Actual Protocolo n° 4.

⁵³³ En este sentido AREILZA CARVAJAL J. M.; DASTIS QUECEDO, A. “Cooperaciones reforzadas en el Tratado de Amsterdam: ¿misión cumplida?” *GJCE*. 1998, D-29, p. 128.

⁵³⁴ Independientemente de los mecanismos de coexistencia.

particulares y los Estados miembros participantes en la integración diferenciada que, recordamos, funciona como un calco del sistema comunitario⁵³⁵.

4) Mecanismo de financiación

Resulta lógico que los gastos relativos a la puesta en marcha de una mayor integración entre algunos Estados miembros en el interior de la Comunidad, sean sufragados sólo por éstos.

El Protocolo nº14 sobre la política social establecía en el 2º párrafo de su art. 2 que las repercusiones financieras que pudieran tener los actos adoptados en este ámbito sólo correrían a cargo de los Estados miembros participantes, es decir, dejaba al margen al Reino Unido, salvo en lo que se refiere a los gastos administrativos.

En materia de UEM, como ya vimos, se recoge una disposición específica en relación con los gastos del BCE en el art. 48 de los Estatutos del SEBC y del BCE. Conforme a ella, “los Bancos centrales de los Estados miembros acogidos a una excepción no desembolsarán el capital suscrito [para el BCE] a no ser que el Consejo General, por una mayoría que represente como mínimo dos tercios del capital suscrito del BCE y al menos a la mitad de los accionistas, decida que debe pagarse un porcentaje mínimo como contribución a los costes operativos del BCE”. Si tal Decisión fuese adoptada, como ha ocurrido, a los Estados miembros acogidos a una excepción deberían sumarse también Dinamarca, según se desprende del art. 2 del Protocolo nº 12, y Reino Unido conforme al art. 9c) del Protocolo nº 11, aunque permanecieran ajenos a la Tercera fase y su estatuto no fuera el de Estados miembros acogidos a una excepción⁵³⁶.

⁵³⁵ Planteando la cuestión de la posibilidad de que los Estados miembros que no participan en la mayor integración puedan acudir ante el TJCE, BRIBOSIA, H. “De la subsidiarité..., op. cit., p. 71. Según este mismo autor, esta posibilidad abriría la puerta a una *geometría variable* en la competencia del TJCE (“Différentiation et avant-gardes..., op. cit., p. 82).

⁵³⁶ Vid Decisión del Banco Central Europeo, de 1 de diciembre de 1998, por la que se adoptan las medidas necesarias para el desembolso de capital del Banco Central Europeo..., cit.

La incidencia que pueden tener estas disposiciones sobre el principio de unidad del Presupuesto comunitario resulta inapreciable teniendo en cuenta que este tipo de gastos resulta nimio en dicho presupuesto⁵³⁷.

5) La adhesión a posteriori al sistema de integración diferenciada en la Comunidad.

a) De los Estados miembros ajenos al sistema de integración diferenciada: el derecho de adhesión.

Cualquier integración diferenciada *en* la Comunidad había de ser abierta. No podría ser de otro modo por varias razones:

- En primer lugar, si la finalidad de la integración diferenciada es, en último término, la de no paralizar la integración *de* la Comunidad, una integración diferenciada cerrada no vendría sino a limitar, por principio, la evolución y dinámica comunitaria, es decir, precisamente el efecto contrario del que pretendería. En este caso, una integración diferenciada cerrada equivaldría a negar *a priori* la posibilidad de una profundización *de* la Comunidad, a negar la posibilidad de que se incorporaran al sistema de integración comunitario nuevas políticas, ámbitos que anteriormente eran sólo objeto de cooperación y/o de nuevos espacios pertenecientes a ámbitos no suficientemente integrados hasta entonces, en definitiva, de nuevos objetivos, e impediría la utilización de la totalidad de su entramado para la consecución de los objetivos comunitarios.

- En segundo lugar, la integración diferenciada sólo tiene sentido mientras no todos los Estados miembros quieran y/o puedan participar en una mayor integración de la Comunidad. Cuando todos los Estados miembros quieren y/o pueden participar en un avance de la Comunidad, la integración diferenciada carece de sentido. Sería contradictorio autorizar la práctica de una integración

⁵³⁷ ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Diferencias de integración...*, op. cit., p. 56.

diferenciada porque no todos los Estados miembros pueden y/o quieren participar en ella y no permitir que participen en ella el resto de Estados miembros con posterioridad.

- En tercer lugar, la permanencia de grupos cerrados de mayor integración en el interior de la Comunidad *per sempre*, sería contraria al principio mismo de integración, al *ius cogens comunitario*, al constituir una suerte regresión en la integración, especialmente cuando el objetivo a conseguir mediante la integración diferenciada hubiera sido establecido previamente como comunitario aunque los contenidos para su especificación (método y momento) fueran indeterminados. Una integración diferenciada de este tipo vendría a desvincular por completo de dicho objetivo a los Estados miembros que permanecieran en un nivel de integración inferior, en cuanto que no tendrían derecho alguno a participar en él, mientras antes sí lo tenían.

Todo esto se traduciría necesariamente en la existencia de un derecho de los Estados miembros inicialmente no participantes en la integración diferenciada a participar en ella con posterioridad.

Esto no debería significar, sin embargo, que la adhesión tuviera que ser automática una vez que el Estado miembro en cuestión decidiera incorporarse a ella, sino que sería deseable la comprobación de una aptitud mínima de éste para ello. Si bien idealmente la institución encargada de ello habría de ser la Comisión por ser la institución que vela por el interés de la Comunidad, también podría serlo el Consejo, en cuanto que simplemente se trataría de comprobar el cumplimiento de las condiciones objetivas mínimas para la incorporación, y siempre sería de alabar que se solicitara un dictamen previo al Parlamento sobre tal adhesión. Tales condiciones mínimas serían aquéllas capaces de mostrar un compromiso serio del Estado miembro en cuestión en relación a las disposiciones de la mayor integración, sin perjuicio del establecimiento de condiciones transitorias si fuera necesario. En cualquier

caso, la decisión que al respecto pudiera emitirse no sería, pues, discrecional, lo que permitiría recurrirla en virtud del art. 173 TCE⁵³⁸. El hecho de que la decisión del Consejo o la Comisión para decidir sobre la adhesión de nuevos Estados a un nivel de integración superior no fuera discrecional, sería garantía tanto de una integración diferenciada abierta como de la coherencia del desarrollo de la integración diferenciada.

Sin embargo, esto no sería suficiente para garantizar una integración diferenciada abierta: la inexistencia de vetos previos y la no discrecionalidad del Consejo o la Comisión para decidir sobre la incorporación de Estados miembros a la integración diferenciada, serían insuficientes para considerarla *abierta* si no existieran mecanismos que facilitaran efectivamente la incorporación a ella de Estados miembros que anteriormente permanecían ajenos a ella, esto es, de mecanismos de solidaridad o de *coexistencia*. Se trata de mecanismos que ayudarían a los Estados miembros que permanecieran en un nivel de integración inferior a cumplir con las condiciones objetivas para incorporarse al superior permitiéndoles asumir plenamente el acervo existente al respecto. El establecimiento de *mecanismos puente* entre los dos niveles de integración evitaría una quiebra irreparable entre ellos. Los mecanismos reequilibradores comunitarios serían perfectamente útiles en este caso, sin perjuicio de que pudieran crearse otros específicos.

La adhesión de un Estado miembro de la Comunidad a la integración diferenciada practicada por los demás en el Tratado de la Comunidad Europea de 1992 sólo aparece expresamente regulada en el ámbito UEM y, además, con el sentido que acabamos de describir.

La adhesión del Reino Unido y Dinamarca a la UEM se haría a petición propia y por decisión del Consejo, tras constatar el cumplimiento de las

⁵³⁸ Actual art. 230 TCE.

condiciones necesarias para ello conforme al art. 109K.2 TCE⁵³⁹. Aunque el Tratado habla de Decisión, en realidad se trata de una Decisión sólo en sentido formal puesto que el Consejo no tiene poder discrecional alguno al respecto: el cumplimiento de las condiciones necesarias para pasar a la Tercera fase de la UEM es objetivo, siendo éste el único requisito para entrar en ella además de, en este caso, la petición al efecto (incluido, por supuesto, el compromiso de adherirse al acervo existente en la materia). La incorporación a la UEM por parte de estos Estados miembros dependería, pues, de la confluencia de dos factores: la voluntad de este Estado miembro en ello manifestada a través de una petición, y el cumplimiento de las condiciones objetivas necesarias; su incorporación a la UEM cumplidas las condiciones para ello, aparecería como un derecho.

En política social, sin embargo, no se hacía referencia a esta posibilidad y la situación era muy peculiar. El solapamiento material que existía entre el articulado del Tratado en este ámbito y el Protocolo nº14 sobre la política social permitía al Reino Unido decidir unilateralmente vincularse o no por una determinada medida conforme al Derecho comunitario, según lo cual estas se adoptarían conforme al articulado del Tratado o al Protocolo, sin originar u originando una integración diferenciada según el caso y respectivamente. Adoptada una determinada medida conforme al Acuerdo social, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte podría decidir posteriormente vincularse por ella, bien mediante una normativa interna propia al efecto, bien asumiéndola como comunitaria. En este último caso, sería una normativa comunitaria *en sentido estricto*, esto es, adoptada con la participación de todos los Estados miembros y sobre la base del Tratado, la única capaz de sustituir la normativa adoptada con anterioridad conforme al Protocolo social, y la única

⁵³⁹ Vid. art. 4 Protocolo nº12 relativo a Dinamarca, art. 10 Protocolo nº11 relativo a Reino Unido e Irlanda del Norte.

capaz de establecer un vínculo de Derecho comunitario entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y dicha normativa⁵⁴⁰.

La modificación del Tratado como mecanismo para permitir la adhesión a una integración diferenciada resultaría criticable desde nuestro punto de vista: que el deseo de participación de un Estado miembro en un nivel de integración superior exigiera iniciar un procedimiento de revisión del Tratado, significaría que la integración diferenciada al respecto es limitada, cerrada y no reconoce el derecho de este Estado miembro de incorporarse a ella, algo que, como ya hemos dicho, es contradictorio con la propia integración diferenciada y contrario al *ius cogens comunitario*.

b) De los nuevos Estados que desean adherirse a la Comunidad.

La adhesión de nuevos Estados a la Comunidad exige siempre la aceptación de la totalidad de su acervo, lo que significa el respeto y asunción de la práctica de la integración diferenciada, pero no necesariamente su participación en ella, al menos desde el punto de vista jurídico, en cuanto que ésta no puede considerarse acervo comunitario en sentido estricto. Ahora bien: la formulación negativa de la integración diferenciada relativa a la UEM y a la política social, esto es, su formulación sobre la exclusión de ella de un número mínimo de Estados miembros, y el carácter medular de la UEM y de la política social en la integración europea, podría permitirnos considerar que el acervo de estas integraciones diferenciada es aceptado por los nuevos Estados miembros salvo acuerdo en contrario.

Cosa distinta es la presión política a la que pudiera verse sometido el nuevo Estado miembro y que le llevaría a comprometerse jurídicamente con la integración diferenciada existente en esos ámbitos.

⁵⁴⁰ Vid. a este respecto *Supra* nota al pie n° 515.

Los nuevos Estados miembros de la Comunidad desde el 1 de enero de 1995, Austria, Suecia y Finlandia, se comprometieron a participar en las integraciones diferenciadas existentes en UEM y política social al no incluir ninguna excepción al respecto en sus Actas de Adhesión⁵⁴¹.

C) Efectos

1) En el interior de la Comunidad Europea: efectos ad intra

Introducida en 1992 a través del art. 236 TCEE, la posibilidad de practicar una integración diferenciada en el espacio en la Comunidad para los ámbitos UEM y política social implicaba necesariamente para la Comunidad la asunción del efecto que, *por naturaleza*, inherente, generaba aquélla, y que no era sino la existencia de varias Comunidades de Derecho en su interior. La conversión de la Comunidad como Comunidad de Derecho en una *Comunidad de Comunidades de Derecho* supuso una alteración de rasgos jurídicos fundamentales de la Comunidad tal y como había sido concebida hasta entonces, de ciertos elementos jurídicos intangibles específicos de la Comunidad que estructuraban su orden constitucional y eran inherentes a su propia existencia hasta ese momento, elementos que, en definitiva, configuraban el *ius cogens comunitario*, esto es, la Comunidad como Comunidad de integración⁵⁴².

Puesto que no debía confundirse intangibilidad con perpetuidad de los elementos jurídicos sustanciales que en un momento dado configuraban la Comunidad como Comunidad de integración, y puesto que, en consecuencia, cabía su modificación, esta conversión de la Comunidad como Comunidad de Derecho en una Comunidad de Comunidades de Derecho no significaba necesariamente que las disposiciones relativas a la integración diferenciada que

⁵⁴¹ Vid. Actas de Adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia a la Unión Europea y a las adaptaciones correspondientes de los Tratados (DOCE C 241 de 29 de agosto de 1994 y DOCE L 1 de 1 de enero de 1995).

⁵⁴² Vid. a este respecto *Supra*, Capítulo III, Sección 2, Epígrafe B), Punto 3).

eran su causa, fueran automáticamente incompatibles con el *ius cogens comunitario*, con el principio de integración. Así, no era posible afirmar automáticamente que se había realizado una revisión del TCEE que no respetaba los límites materiales a ello.

Del mismo modo, la autorización del TCE para la práctica de una integración diferenciada en el espacio el interior de la Comunidad en materia UEM y en política social, utilizando sus instituciones, mecanismos y procedimientos adaptados en lo necesario, y siempre subordinada al sistema de integración comunitario, es decir, exigiendo una práctica de la integración diferenciada *por encima* del nivel de integración existente de acuerdo con el Tratado en vigor, tampoco era suficiente para eliminar la existencia de una incompatibilidad entre esa integración diferenciada y el *ius cogens comunitario*; es decir, no era posible afirmar la compatibilidad automática con el *ius cogens comunitario* de la revisión del TCEE que significaba esa integración diferenciada.

La razón de la imposibilidad de determinar automáticamente la compatibilidad o no con el *ius cogens comunitario* de esa integración diferenciada en el espacio, en definitiva, de la revisión del TCEE a este respecto, reside en que dicha compatibilidad o no depende de si suponía o no una regresión en la integración, algo no inherente por naturaleza a una integración diferenciada. Sólo en la medida en que la integración diferenciada introducida mediante una revisión del Tratado supusiera una suerte de desintegración, esa integración diferenciada sería incompatible con el *ius cogens comunitario* y se habría producido una revisión del TCEE que no habría respetado los límites materiales establecidos para ello.

a) El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la UEM y la Política social.

La introducción de la integración diferenciada en el espacio en el interior de la Comunidad tal y como quedó configurada en 1992 a través de los Protocolos anejos n^{os} 11 y 14 relativos al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en materia de UEM y Política social respectivamente, supuso la previa legalización formal implícita de un *opt-out*, es decir, de una desvinculación discrecional y permanente de ese Estado miembro en relación con objetivos previamente asumidos por él en esos ámbitos. El nuevo Tratado legalizó implícitamente una reversibilidad de los compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos por el Reino Unido, lo que significaba una regresión en la integración; sobre ella se construyó la integración diferenciada en el espacio que establecía el TCE de 1992, quedando el Reino Unido en un nivel de integración inferior en política social y en UEM respecto de otros Estados miembros.

i.- Unión Económica y Monetaria

El TUE de 1992, primer texto comunitario que vinculaba jurídicamente a los Estados miembros de modo concreto con una Segunda y Tercera etapas en la consecución de una UEM, establecía en su Protocolo n^o11 sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte⁵⁴³, una excepción a la obligación de pasar a la Tercera fase de la Unión Económica y Monetaria para este Estado miembro. Tal excepción no sólo se refería a la obligación de incorporarse a dicha Tercera fase en el momento previsto para ello con carácter general, sino que también le excepcionaba de la obligación para incorporarse en un momento futuro de forma que este Estado miembro tendría la posibilidad de integrarse en la Tercera fase cuando lo estimara oportuno y sólo si lo estimara oportuno. Este

⁵⁴³ Actual Protocolo n^o25.

opt-in explícito respecto del objetivo UEM encerraba, como ahora veremos, el ejercicio previo de un *opt-out* implícito.

La cuestión estriba en saber si la asunción como objetivo de la UEM y/o la participación en la primera etapa de la UEM por parte del Reino Unido supuso un compromiso jurídico o sólo político en relación al objetivo UEM:

Cuando el Reino Unido se adhiere a las Comunidades Europeas en 1973, el contenido que contempla el Tratado de Roma en materia de política monetaria no parece tener otro móvil que el de responder a las necesidades del funcionamiento del mercado interior, muy lejos todavía de la consideración de una política monetaria comunitaria como objetivo *per se*⁵⁴⁴.

La primera vez que la UEM aparece como objetivo en un texto comunitario de Derecho originario es en el Acta Única Europea de 1986. En el Preámbulo⁵⁴⁵ se recuerda la Conferencia de París de 1972 en la que los Jefes de Estado y de Gobierno aprobaron el objetivo de realización progresiva de la UEM⁵⁴⁶, y las Resoluciones de los Consejos Europeos de Bremen y Bruselas de 1978 relativas al Sistema Monetario Europeo (SME)⁵⁴⁷, así como medidas

⁵⁴⁴ LOUIS, J.V. "Del sistema monetario europeo a la unión monetaria". Bruselas: CEEA-CEE-CEEA, 1990, p. 12

⁵⁴⁵ El TJCE ha considerado los Preámbulos de los Tratados como disposiciones que enuncian los objetivos de los Tratados y describen el espíritu en que estos *deben* ser interpretados. Vid., sobre este asunto: FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L. "La noción de constitución Europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". *Revista Española de Derecho constitucional*. 1994, n° 40, pp. 250-256; BREDIMAS, A. *Methods of interpretation and Community Law*. Amsterdam, New York, Oxford: North Holland Publishing Company, 1978, p. 71. A favor de la consideración normativa de los Preámbulos vid. CAPPELLETTI, M. "Is the European Court of Justice "running wild"?". *ELR*, 1987, p. 9.

⁵⁴⁶ "Los Jefes de Estados o de Gobierno reafirman la voluntad de los Estados miembros de las Comunidades Europeas ampliadas de realizar de manera irreversible la Unión Económica y Monetaria (...)" (DOCE L 169 de 29 de junio de 1987).

⁵⁴⁷ Consejo Europeo de Bremen, 6 y 7 de julio de 1978: " (...) el Consejo Europeo examinó el proyecto agregado en forma de anexo y presentado por miembros del Consejo Europeo, con miras a establecer una Cooperación Monetaria más estrecha (por la creación de un Sistema Monetario Europeo) que lleve a una zona de estabilidad en Europa. El Consejo estima que el establecimiento de una tal zona de estabilidad constituye un objetivo altamente deseable. El Consejo Europeo prevé la creación de un sistema duradero y eficaz". (Bol. CE

relacionadas con su funcionamiento⁵⁴⁸. Varias disposiciones del articulado del AUE también se referían al objetivo de UEM: el Capítulo I del Título II del AUE titulaba “Cooperación en materia de política económica y monetaria (Unión Económica y Monetaria)”; de la afirmación del art. 102A.1 del TCEE, introducido por el AUE en ese Capítulo I, en relación a la necesidad de garantizar la convergencia de las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros para el desarrollo posterior de la Comunidad, podía desprenderse que tal desarrollo fuera hacia el camino de la UEM; a continuación, en su segundo apartado, este artículo se refería a las posibles modificaciones institucionales que pudiera exigir el desarrollo de la política económica y monetaria. La combinación de estas disposiciones con otras tales como los arts. 2 y 8A TCEE no ofrecía duda alguna sobre la existencia del objetivo UEM⁵⁴⁹.

El texto del TCEE después de su revisión por el AUE no establecía ningún tipo de excepción para ningún Estado miembro en relación con la UEM por lo que, en consecuencia, no parece posible dudar de la vinculación jurídica de todos los Estados miembros, incluido el Reino Unido, con el objetivo de UEM.

6-1978, pp. 18-23, pto. 1.5.2). El Consejo Europeo de Bruselas, 4 y 5 de diciembre de 1978 dio a luz al SME mediante una Resolución concerniente a la instauración del sistema monetario europeo (SME) y de las cuestiones conexas (Bol. CE 12/1978, pp. 7-14, pto. 1.1.11).

⁵⁴⁸ Se está refiriendo probablemente a medidas tales como: el Reglamento nº3181 del Consejo, de 18 de diciembre de 1978 relativo al Sistema Monetario Europeo (DOCE L 379 de 30 de diciembre de 1978); el acuerdo del Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales de los Estados miembros relativo a los procedimientos del SME adoptado en marzo pde 1979; el acuerdo del Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales de los Estados miembros relativo a la modificación en el funcionamiento del SME adoptado en junio de 1979; el reajuste de tipos de cambio en el seno del SME decidido el 21 de marzo de 1983 por los ministros y gobernadores de los Bancos Centrales de los Estados miembros previa consulta a la Comisión (BOL. CE 3/1983, pp. 12-13, pto. 1.2.1); el ajuste de paridades en el interior del SME adoptada de común acuerdo por los ministros y gobernadores de los Bancos centrales de los Estados miembros de la Comunidad con participación de la Comisión, el 20 de julio de 1985 (Bol. CE 7/8-1985, pp. 24-25, pto. 2.1.4).

⁵⁴⁹ Vid. Dictamen 1/91 del TJCE..., cit.

Una unión monetaria significa, y al respecto no existe duda alguna, la fijación irrevocable de tipos de cambio a fin de establecer una moneda única, así como la definición y aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio únicos con el objetivo de mantener la estabilidad de precios⁵⁵⁰. Para ello se hace absolutamente necesaria una transferencia de competencias a la Comunidad. Por eso, aceptar el objetivo de la UEM es aceptar la obligatoriedad de tener que realizar una transferencia de competencias en el futuro. En consecuencia, aceptado el objetivo de UEM con el AUE, todos los Estados miembros, incluido el Reino Unido, aceptaban la obligatoriedad de tener que realizar una transferencia de competencias en el futuro.

Ahora bien: esa simple aceptación del objetivo UEM tal y como aparecía en el AUE no incluía el procedimiento concreto, mecanismo, etapas, momento,...que hubieran determinado el contenido concreto de esa obligación. Como consecuencia, no existía entonces para los Estados miembros ninguna obligación jurídica de alcanzar la UEM de un determinado modo, manera, mecanismos, en un determinado plazo, etc. En definitiva, no se podía derivar del AUE una obligación jurídica para el Reino Unido y el resto de Estados miembros de participar en cualquier mecanismo, momento, etc. conducente a una UEM.

Todo el entramado UEM que conocemos actualmente, incluida su concepción en tres etapas que se suceden necesariamente, era básicamente el que mantenía el Informe Delors sobre la Unión Económica y Monetaria⁵⁵¹ que fue aprobado por unanimidad en el Consejo Europeo de Madrid en junio de

⁵⁵⁰ Art. 3A TCE, actual art. 4. Vid. DE GRAUWE, P. *Economics*....op. cit.

⁵⁵¹ Decía este Informe: "...el comité (...) se ha convencido que la creación de una *unión económica y monetaria debe ser concebida como un proceso único*. La decisión de emprender la fase primera debería ser una decisión respecto todo el proceso, aunque comporte etapas destinadas a conducir la progresión hacia el objetivo final". Comité para el Estudio de la Unión Económica y Monetaria. *Informe sobre la Unión Económica y Monetaria en la Comunidad Europea*. 1989, Capítulo III, p. 27, punto 39 del Informe. La cursiva es nuestra.

1989⁵⁵². En este Consejo se decidió dar inicio a la Primera etapa de la realización de la Unión Económica y Monetaria el 1 de julio de 1990⁵⁵³, materializando la realización de un objetivo que había aparecido por primera vez en un Tratado comunitario a través de su inclusión en el Acta Única. Este Consejo que acordó iniciar un proceso por etapas (en el que participaba el Reino Unido) para la consecución de la UEM, sólo concretaba la primera y se refería al resto de etapas de forma tangencial, sin especificarlas: la realización de la unión económica y monetaria debería “responder a la diversidad de las situaciones específicas” y solicitaba a los órganos competentes que adoptaran las disposiciones necesarias para el inicio de la primera etapa en la fecha prevista y que realizaran los trabajos preparatorios para la convocatoria de una futura conferencia intergubernamental para establecer las siguientes etapas⁵⁵⁴. De ello se desprende:

a).- Que el Reino Unido ya entonces compartía la realización de una Unión Económica y Monetaria por etapas.

b).- Existía una preocupación por responder a las situaciones específicas que exigía alcanzar determinados criterios objetivos de convergencia con anterioridad a la participación en la UEM⁵⁵⁵.

⁵⁵² Bol. CE 6/1989, ... op. cit., pto. 1.1.11.

⁵⁵³ “El Consejo Europeo reitera su determinación de realizar progresivamente la unión económica y monetaria, tal como se determinó en el Acta Única europea y se recordó en el Consejo Europeo de Hannover (...) El Consejo Europeo considera que el Informe del Comité presidido por Jacques Delors, en el que se define un proceso que deberá conducir por etapas a la unión económica y monetaria, responde plenamente al mandato dado en Hannover y representa una buena base para la continuación de los trabajos (...) El Consejo Europeo decide que la primera etapa de la realización de la unión económica y monetaria dé comienzo el 1 de julio de 1990”. (Ibíd).

⁵⁵⁴ Ibíd.

⁵⁵⁵ El propio informe Delors parecía mantenerse en esta línea: “Sólo hay un Comunidad, pero no todos sus miembros han participado con plenitud en todos los aspectos desde el principio. Un *consenso sobre los objetivos finales de la Comunidad*, así como una *idéntica participación en las mismas* instituciones son cosas que deben mantenerse, bajo reserva, no obstante, de una cierta *flexibilidad en cuanto a la fecha y a las condiciones* con la que algunos países se adhirirían a ciertos acuerdos. *Esperando la plena participación* de todos los países miembros -que es una cuestión capital- la influencia en la gestión de cada clase de acuerdos deberá estar en proporción al grado de participación de los Estados miembros. No

Sin embargo, la aceptación de iniciar la Primera fase de la UEM que acabamos de ver, es producto de un Consejo Europeo. Hemos de recordar al respecto que este tipo de decisiones de los Consejos Europeos no son jurídicamente vinculantes, sino que se trata de actos políticos indicadores para los actos que al respecto deben adoptar el resto instituciones, u órganos comunitarios en este caso⁵⁵⁶. Así hay que entender el texto de las Conclusiones del Consejo cuando “pide a los órganos competentes (Consejos Ecofin y Asuntos Generales, Comisión, Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales, Comité Monetario) que: - adopten las disposiciones necesarias para que la primera etapa dé comienzo el 1 de julio de 1990”⁵⁵⁷. Es después, respecto de estos actos que pueden dar a luz las instituciones u órganos, como preparación y parte de la Primera etapa de la UEM, cuando podemos deducir que se encuentra jurídicamente vinculado un Estado miembro con la realización por etapas de la UEM, y no sólo con su objetivo. El Reino Unido participó en la adopción de actos comunitarios que le fueron aplicables como parte de la Primera fase de la UEM⁵⁵⁸. Esta participación del Reino Unido en actos

obstante, esta gestión deberá tener en cuenta la necesidad de *facilitar* la integración de los otros miembros”. Comité para el Estudio de la Unión Económica y Monetaria. *Informe sobre la Unión...*, cit., p. 29, punto 45. (La cursiva es nuestra). Parece que el Informe contempla la posibilidad de que sólo temporalmente no exista una participación plena de todos los Estados miembros en la UEM.

⁵⁵⁶ Manteniendo esta opinión sobre estos actos del Consejo Europeo pueden verse: LIÑÁN NOGUERAS, D.J. MANGAS MARTÍN, A; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “Instituciones y Derecho de la Unión Europea”, Madrid: Mc Graw Hill, 1996, p. 62; Id., “El Consejo Europeo”. *RIE*. 1984, nº 2, pp. 436-437; TAULÈGNE, B. *Le conseil Européen*. Paris: PUF, 1993, pp. 124-141; WERTS, J. *The European Council*. North Holland: Amsterdam, London, Tokyo, 1992, pp. 123-134.

⁵⁵⁷ Bol. CE 6/1989..., op. cit. pto. 1.1.11.

⁵⁵⁸ Vid. Decisión del Consejo nº 141, de 12 de marzo de 1990, sobre la consecución de una convergencia progresiva de las políticas y de los resultados económicos durante la primera etapa de la Unión Económica y Monetaria: “Artículo 1: Con objeto de lograr un crecimiento sostenido y no inflacionista en la Comunidad, así como un elevado nivel de empleo y el grado de convergencia económica necesario para culminar con éxito la primera etapa de la unión económica y monetaria, ante la perspectiva de la realización del mercado interior y en el contexto de la cohesión económica y social, el Consejo establece una supervisión multilateral” (DOCE L 78 de 24 de marzo de 1990); Decisión del Consejo

comunitarios como parte de la primera etapa de UEM a la que seguirán fases posteriores con el objetivo de alcanzar una UEM plena, no viene sino a confirmar, desde nuestro punto de vista, la vinculación jurídica del Reino Unido en la realización de la UEM por etapas: el Reino Unido había asumido como objetivo la UEM y su realización por etapas. Al asumir la primera de ellas concebía la realización de la UEM como un proceso por etapas al final del cual perdería definitivamente ciertas competencias.

Para especificar las etapas siguientes de la UEM, el Consejo Europeo de Estrasburgo de diciembre de 1989⁵⁵⁹ acordó iniciar los trabajos preparatorios de una Conferencia intergubernamental. La oposición del Reino Unido al respecto no supuso ningún obstáculo puesto que según el entonces art. 236 TCEE⁵⁶⁰ era suficiente mayoría simple para la convocatoria. Esta Conferencia intergubernamental dio a luz el TUE modificando el antiguo TCEE, que pasó a ser TCE.

El Protocolo nº 11, establecía que el Reino Unido no estaba vinculado con la Tercera fase de la Unión Económica y Monetaria a menos que su

nº142, de 12 de marzo de 1990 por la que se modifica la Decisión nº 300 del Consejo referente a la colaboración entre los Bancos Centrales de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea: "Considerando que la realización de la primera etapa de la unión económica y monetaria se contrará en el pleno desarrollo del mercado interior y, en particular, en la eliminación de todos los obstáculos a la integración financiera, el fortalecimiento del proceso de coordinación de las políticas monetarias, la intensificación de la cooperación entre los bancos centrales en otros ámbitos de su competencia, y que, a tal efecto, debe plantearse la ampliación del margen de autonomía de los bancos centrales" (Segundo Considerando) (DOCE L 78 de 24 de marzo de 1990); Decisión del Consejo nº464 de 29 de julio de 1991, por la que se aprueba el Informe Anual 1990-1991 sobre la situación económica de la Comunidad y se establecen las orientaciones de política económica a seguir en la Comunidad en 1991 (DOCE L 252 de 7 de septiembre de 1991); Decisión del Consejo nº 180 de 2 de febrero de 1992, por la que se aprueba el Informe Económico Anual 1991-1992 sobre la situación económica de la Comunidad y se establecen las orientaciones de política económica a seguir en la Comunidad en 1992 (DOCE L 85 de 31 de marzo de 1992); Decisión del Consejo nº258 de 23 de marzo de 1993, por la que se aprueba el Informe Anual para 1993 y se aprueban las orientaciones de política económica a seguir en la Comunidad en 1993 (DOCE L 119 de 14 de mayo de 1993).

⁵⁵⁹ Bol. CE 12/1989, pp. 8-18, pto. 1.1.11.

⁵⁶⁰ Artículo derogado por el TUE y subsumido en su art. N, actual art. 48, tras su modificación.

Gobierno tomara una Decisión en sentido contrario. Este Protocolo permitiría a ese Estado miembro incorporarse a la Tercera fase cuando lo estimara oportuno y *sólo si lo estimara oportuno* (previo cumplimiento de las condiciones objetivas de convergencia para ello), según se desprende de los arts. 1, 8, 5 y 10 del Protocolo, y especialmente por la no aplicación a este Estado miembro del art. 3A.2 TCE que se refiere a la consecución de una unión monetaria⁵⁶¹.

La participación en la primera etapa de la UEM no significaba una obligación de aceptar durante las negociaciones para el establecimiento de las restantes fases cualquier método y momento para ello, pero sí impedía una negación del objetivo previamente contraído de participar en la UEM. El hecho de que en el Protocolo sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, este Estado miembro dejara una puerta abierta a la futura incorporación a la Tercera fase de la UEM en las mismas condiciones y momento que el resto de Estados miembros, sin referencia alguna a desacuerdos en torno al método, mecanismos o momento utilizado para alcanzar la UEM y, especialmente, el hecho de su desvinculación inicial con el art. 3A TCE⁵⁶², nos lleva a desprender una negativa al objetivo mismo de UEM debida más bien a conveniencias políticas de carácter interno, que en este caso se relacionaban con disputas en el interior del partido conservador británico que entonces gobernaba en el Reino Unido⁵⁶³, y no tanto a desacuerdos con el método o el momento para su consecución.

⁵⁶¹ Recuértese que la subjetividad del Reino Unido y Dinamarca respecto de la UEM es diferente precisamente por la relación de cada uno de estos Estados miembros con dicho artículo y su significado (Vid. *Supra*, Capítulo II, Sección 2, Epígrafe A), Punto 2, Letra a)).

⁵⁶² Vid. arts. 1 y 5 del Protocolo nº11 sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

⁵⁶³ Si bien un Protocolo que eximiera al Reino Unido de incorporarse a la Tercera fase de la UEM en el momento en que lo hiciera el resto de Estados miembros pero manteniendo el compromiso de hacerlo podría llevar en la práctica a una integración diferenciada indefinida, no podría cuestionarse jurídicamente del mismo modo que cuestionamos el Protocolo nº11.

A partir de lo que hemos comentado, la situación jurídica que provocó el Protocolo nº11 anejo TCE sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, merece las siguientes consideraciones:

1.- la introducción del Protocolo nº 11 partir de la revisión del TCEE supuso la legalización formal de un comportamiento de ese Estado miembro susceptible de ser, de otro modo, un incumplimiento unilateral de Derecho comunitario. Concretamente, este Protocolo legalizó lo que sería una reversibilidad unilateral del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre los compromisos comunitarios previamente adquiridos en materia de UEM, esto es, su desvinculación con este objetivo⁵⁶⁴. De este Protocolo se desprendía que el objetivo comunitario de UEM previamente asumido por todos los Estados miembros tal y como figuraba en el TCEE, había dejado de serlo a partir del TCE: el Protocolo nº11 relativo al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no sólo era la causa de la existencia de una integración diferenciada que permitía a este Estado miembro permanecer en un estadio de integración inferior sin obligación de integrarse en el nivel superior, sino que también significaba una reversibilidad en el compromiso jurídico comunitario previamente establecido y un paso atrás en la realización del objetivo de UEM como objetivo comunitario. Por esta razón, cuando el Protocolo nº11 dejó exento a este Estado miembro de su obligación previamente contraída de participar en la UEM, lo que hizo fue modificar el compromiso previamente contraído por este Estado miembro, puesto que no se desprendía del Protocolo

⁵⁶⁴ Sin embargo, no existe un reconocimiento expreso de este opt-out, sino implícito, que se deduce del establecimiento de un opt-in para este Estado miembro, que hubiera sido imposible de no existir un previo opt-out al respecto.

que dicho Estado permaneciera opuesto a las condiciones o los mecanismos de entrada, sino al objetivo mismo⁵⁶⁵.

El Protocolo n° 11 significó la legalización de un opt-out, de una *reversibilidad* en el compromiso jurídico previamente adquirido que obligaba a todos los Estados miembros, incluido el Reino Unido, a pasar a una Tercera fase de la UEM. Lo que hubiera sido sin duda un incumplimiento, de tratarse de una conducta unilateral del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contraria a Derecho comunitario⁵⁶⁶, se transformó, a partir de la revisión del TCE, en un comportamiento acorde con él.

2.- Mientras el TCEE contemplaba la UEM como uno de sus objetivos al que se comprometía la totalidad de los Estados miembros, sin admitir que la realización de este objetivo pudiera lograrse sin la participación *per sempre* de todos ellos, en el TCE ocurría precisamente lo contrario: no todos los Estados miembros asumían este compromiso y se concebía la posibilidad de realizar una UEM sin la participación permanente de todos los Estados miembros, tal y como podía desprenderse del Protocolo n°11. Así, a partir de la entrada en vigor del TCE, la UEM con la participación de todos los Estados miembros corría el riesgo de no realizarse en cuanto que la permanencia del Reino Unido al margen de la UEM podía prolongarse en el tiempo de forma indefinida e incluso hacerse permanente: la exclusión del Reino Unido de la UEM dependía

⁵⁶⁵ Vid. a este respecto también las peculiaridades del estatuto del Reino Unido como Estado miembro al margen de la UEM respecto al estatuto de los Estados miembros acogidos a una excepción y al de Dinamarca, *Supra*, Epígrafe B), Punto 1, Letra a).

⁵⁶⁶ El Presidente de la Comisión Europea, Romano Prodi, en mayo de 2000 declaró que cualquier Estado miembro integrante del euro podría dejar de formar parte de la moneda única igual que el Estado de Texas podría abandonar el dólar aunque no estuviera previsto por la Constitución de los Estados Unidos. Sorprendentes y lamentables estas Declaraciones del Presidente de la Comisión Europea, institución encargada de velar por el cumplimiento del Derecho comunitario, afectado posiblemente por una amnesia, esperamos tansitoria, respecto del marco jurídico comunitario en que se inserta la UEM. No es de extrañar la ironía con que algún diputado conservador británico respondió a tales declaraciones: “¿Para qué entrar en el euro si crees que tendrás que salir? No quiero ni pensar el coste que tendría cambiar de moneda dos veces”. Vid. Diario *El País*, de 27 de mayo de 2000.

de la propia voluntad del Estado miembro y, secundariamente, del cumplimiento de las condiciones objetivas necesarias.

En consecuencia, el TCE supuso una modificación del objetivo UEM tal y como previamente existía en el TCEE no sólo diferente, sino incompatible con su configuración anterior: el objetivo de UEM según aparecía en el TCEE ya no podría realizarse. El TCE dio a luz la consecución de una nueva UEM que, a diferencia de la establecida en el TCEE, no sería *comunitaria*.

3.- La incompatibilidad entre los objetivos UEM tal y como aparecían antes y después de la revisión del TCEE no es suficiente, sin embargo, para determinar si esa modificación era compatible o no con el *ius cogens comunitario*. En esta ocasión, la clave para la determinación de esa incompatibilidad, estaba en la reversibilidad para un Estado miembro de los compromisos jurídicos previamente adquiridos y el consecuente carácter regresivo de esta revisión para la Comunidad Europea. Se trataba de un *retroceso* en el nivel de integración comunitario que significaba ponerlo en cuestión y exigía replantear la Comunidad Europea:

- la reversibilidad para un Estado miembro de ciertos compromisos jurídicos previamente adquiridos por él, entendida como la desvinculación discrecional y permanente para este Estado miembro de tales compromisos, es del todo incompatible con la noción de Comunidad de Derecho que era la CEE y con su *ius cogens comunitario*. La compatibilidad *formal* de una reversibilidad de este tipo al haber sido introducida a través del mecanismo de modificación de los Tratados prescrito para ello, el del art. 236 TCEE, no evitaba esta grave incompatibilidad *material*.

- como consecuencia, se produjo una *desintegración* (aunque parcial) de la Comunidad Europea: con el nuevo TCE se produjo una marcha atrás, una regresión de los compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos en materia de UEM, se *desintegró* el objetivo comunitario de UEM y, en consecuencia, parte de la Comunidad, lo que cuestionaba la naturaleza misma

de la Comunidad. Una regresión en el sistema de integración comunitario, significaba una alteración de la naturaleza misma de la Comunidad (no sólo de alguno de sus elementos especificadores), con lo que se hacía incompatible con ella.

Actualmente el Reino Unido permanece fuera de la Tercera fase de la UEM y ha anunciado que su posible futura incorporación no será tal hasta el año 2002, y previa consulta en referéndum⁵⁶⁷.

Por otro lado, autorizar una integración diferenciada en el espacio dentro de la Comunidad, en un determinado ámbito, significaba aceptar igualmente los efectos que ésta podía provocar sobre otros ámbitos: en la medida en que aquéllos supusieran una afectación negativa sobre tales ámbitos, supondrían una regresión en el nivel de integración alcanzado. Es decir, aceptar que no todos los Estados miembros participaran en la UEM significaba la aceptación de cualesquiera efectos (positivos o negativos) que esto pudiera provocar sobre otros ámbitos distintos de la UEM, sin que se hubieran previsto medidas para contrarrestarlos: estamos pensando, por ejemplo, en la fragmentación del mercado interior. En este sentido, una UEM de este tipo podría abrir paso a una regresión en el nivel de integración alcanzado; en la medida en que se produjera, ésto sería incompatible con el *ius cogens* comunitario.

ii.- Política Social

El Protocolo nº 14 relativo a la política social⁵⁶⁸ autorizó explícitamente la práctica de una mayor profundización en materia social entre todos los Estados miembros en el interior de la Comunidad a excepción del Reino Unido, recurriendo a “las instituciones, procedimientos y mecanismos del Tratado a fin

⁵⁶⁷ Vid. Diario *El País*, de 24 y 25 de febrero de 1999.

⁵⁶⁸ Actual derogado por el Tratado de Amsterdam.

de adoptar entre ellos y aplicar, en la medida en que les afecten, los actos y las decisiones necesarios” (apartado 1 del Protocolo). Como consecuencia, mientras para el Reino Unido, el mínimo normativo a respetar venía establecido por los actos adoptados en virtud del art. 118A TCE y otras disposiciones del Tratado, para el resto de Estados miembros el mínimo vendría constituido por los actos adoptados en base al art. 2 del Acuerdo inserto en el Protocolo nº14 relativo a la Política social, que se presumían con un mayor índice de protección.

El art. 118A TCEE, cuyo contenido se mantuvo igual en el TCE⁵⁶⁹, determinaba los ámbitos materiales específicos de actuación para la adopción de actos vinculantes en materia social: “mejora, *en particular*, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores”⁵⁷⁰. Estos ámbitos sociales no eran los únicos que podían ser abordados con el TCEE en vigor, sino también cualesquiera otros que tuvieran incidencia directa sobre el establecimiento o funcionamiento del mercado interior (art. 100 TCEE⁵⁷¹), o aquéllos sobre los que resultara necesario actuar para lograr uno de los objetivos comunitarios sin que se hubieran previsto al respecto los poderes de acción necesarios (art. 235 del TCEE⁵⁷²). De este modo, se utilizaron bases legales no expresamente recogidas en el Tratado para la adopción de actos en el ámbito social y explicitar ámbitos competenciales comunitarios, incluso con anterioridad a que ciertos ámbitos fueran expresamente recogidos en el AUE para su comunitarización⁵⁷³. Otros artículos del Tratado que permitieron la

⁵⁶⁹ Los arts. 117 a 120 TCE han sido sustituidos por los actuales arts. 136 a 143.

⁵⁷⁰ La cursiva es nuestra.

⁵⁷¹ Posterior art. 100 TCE, actual art. 94.

⁵⁷² Posterior art. 235 TCE, actual art. 308.

⁵⁷³ Con base en el artículo 100 TCEE vid., por ejemplo, Directiva del Consejo nº 117 CEE de 10 de febrero de 1975 sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres (DOCE L 45 de 19 de febrero de 1975); Directiva del Consejo nº 987 de 20 de octubre sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa a la protección de trabajadores asalariados por insolvencia de su empresario (DOCE L 283 de 28 de octubre de 1980); Directiva del Consejo nº 477 de 19 de septiembre de 1983, sobre protección de los trabajadores ante riesgos relacionados con la exposición al

adopción de medidas con influencia en el ámbito social, fueron los relativos a no discriminación, libre circulación de trabajadores, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios, transportes y agricultura⁵⁷⁴.

amianto durante el el trabajo (2ª Directiva particular con arreglo al art. 8 de la Directiva 80/1107/CEE) (DOCE L 263 de 24 de septiembre de 1983). Con base en el artículo 235 TCEE, vid., por ejemplo, Directiva del Consejo nº 207 de 9 de febrero de 1976 sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres para el acceso al empleo, vocational training and working conditions (DOCE L 39 de 14 de febrero de 1976); Directiva del Consejo nº 7 de 19 de diciembre de 1978 sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y ujer es eb el campo de la seguridad social (DOCE L 6 de 10 de enero de 1979); Directiva del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en los regímenes profesionales de la Seguridad Social (DOCE L 225 de 12 de agosto de 1986).

⁵⁷⁴ Vid., como ejemplos, sobre la base del artículo 49 TCEE (posterior art. 49 TCE, actual art. 40 TCE tras su modificación), Directiva nº 486 del Consejo de 25 de julio de 1977, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes (DOCE L 199 de 6 de agosto de 1977); Directiva nº 360 del Consejo de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad.(DOCE L 257 de 19 de diciembre de 1968); Reglamento (CEE) nº 1612 del Consejo de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOCE L 257 de 19 de octubre de 1968). Sobre los artículos 54 y 63 TCEE (posteriores arts. 54 y 63 TCE, actuales arts. 44 y 52 TCE, con las modificaciones pertinentes), vid., por ejemplo, Directiva nº 557 del Consejo de 4 de junio de 1974, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas y de intermediarios en el sector del comercio y la distribución de productos tóxicos (DOCE L 307 de 18 de noviembre de 1974). Sobre la base de los artículos 49,57, 66 y 235 TCEE (posteriores arts. 49, 57, 66 y 235 TCE, actuales arts. 40, 47, 55 y 308 TCE, tras su modificación) vid., por ejemplo: Directiva nº 687 del Consejo de 25 de julio de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos (DOCE L 233 de 24 de agosto de 1978). Sobre la base de los arts. 7 y 51 TCEE (posteriores arts. 7 y 51 TCE, actualmente derogado el primero y art. 42 TCE el segundo tras su modificación), vid., por ejemplo: Reglamento (CEE) nº 1408 del Consejo de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE L 149 de 5 de julio de 1971). Sobre la base de los arts. 51 y 235 TCEE (posteriores arts. 51 y 235 TCE, actuales arts. 42 y 308 TCE) vid., por ejemplo, Reglamento (CEE) nº. 3427 del Consejo de 30 de octubre de 1989, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1408 relativo a la aplicacion de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad y el Reglamento (CEE) nº 574 por el que se establecen las modalidades de aplicacion del Reglamento (CEE) nº 1408 (DOCE L 33, de 16 de noviembre de 1989). Sobre la base del artículo 63 TCEE (posterior art. 63 TCE, actualmente derogado) vid. como ejemplo: Directiva nº 557 del Consejo de 4 de junio de 1974, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas y de intermediarios en el sector del comercio y la distribución de productos tóxicos (DOCE L 307 de 18 de noviembre de 1974); Directiva nº 362 del Consejo de 16 de junio de 1975, sobre reconocimiento mutuo de diplomas, y otros títulos de médico, que contiene además medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de

La salud y la seguridad en el trabajo, las condiciones de trabajo, la información y consulta a los trabajadores, igualdad entre hombres y mujeres, integración de personas excluidas del mercado laboral, seguridad social, protección social de los trabajadores, protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y empresarios, condiciones de empleo de nacionales de terceros Estados y fomento del empleo, eran todos ellos ámbitos que, de forma expresa en el TCEE o bien de forma implícita en él, y manifestado en ocasiones expresamente a través del Derecho derivado, formaban parte del acervo comunitario⁵⁷⁵. Estos mismos ámbitos se

establecimiento y de libre prestación de servicios (DOCE L 167 de 30 de junio de 1975). Sobre la base de los arts. 42 y 43 TCEE (posteriores arts. 42 y 43 TCE, actuales arts. 36 y 37 TCE con las modificaciones pertinentes), vid., por ejemplo: Directiva nº 159 del Consejo de 17 de abril, relativa a la modernización de las explotaciones agrícolas (DOCE L 96 de 23 de abril de 1972). Sobre la base del art. 75 TCEE (posterior art. 75 TCE, actual art. 71 TCE, tras su modificación), vid., por ejemplo: Reglamento nº 3820 del Consejo de 20 de diciembre relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera (DOCE L 370 de 31 de diciembre de 1985).

⁵⁷⁵ Vid., por ejemplo: Reglamento nº 1408 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativa a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a su familia que se desplacen dentro de la Comunidad (DOCE L 149 de 5 de julio de 1971); Directiva nº 129 del Consejo de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE L 48 de 22 de febrero de 1975); Reglamento (CEE) nº 312/76 del Consejo de 9 de febrero de 1976, por el que se modifican las disposiciones relativas a los derechos sindicales de los trabajadores que figuran en el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOCE L 39 de 14 de febrero de 1976); Directiva nº 187 del Consejo de 14 de febrero de 1977, sobre aproximación de la legislación de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DOCE L 61 de 5 de marzo de 1977); Directiva nº 1107 del Consejo de 27 de noviembre de 1980 sobre protección de los trabajadores ante los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo (DOCE L 327 de 3 de diciembre de 1980); Directiva nº 613 del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas sobre la protección de la materia (DOCE L 359 de 19 de diciembre de 1986); Directiva nº 383 del Consejo de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo con una relación laboral de determinada o de empresas de trabajo temporal (DOCE L 206 de 29 de julio de 1991); Directiva nº 92 del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en

contemplaban luego también como objeto para la práctica del Acuerdo social anejo TCE e inserto en el Protocolo nº 14.

Este Acuerdo continuaba exigiendo, igual que el TCE, la unanimidad para la adopción de disposiciones en determinadas materias: seguridad social y protección social, protección de los trabajadores en caso de rescisión de contrato, representación y defensa colectiva de trabajadores y empresarios, fomento y creación de empleo. La particularidad del Acuerdo estaba en que ahora bastaría la unanimidad de todos los Estados miembros salvo el Reino Unido para dicha adopción. Este Estado miembro sólo se obligaría respecto de estas disposiciones si decidiera votar en su favor en el seno del Consejo y suponiendo el voto favorable del resto de Estados miembros, en cuyo caso las disposiciones se adoptarían conforme al articulado del TCE, y al margen del Protocolo. Dado el solapamiento material en el Acuerdo social y el acervo comunitario existente, la posibilidad de que se adoptaran disposiciones sin la participación del Reino Unido había de quedar restringida a aquellos casos en que se incrementara el nivel de protección social ya existente; es decir, el acervo comunitario en un momento dado actuaría como umbral mínimo sobre el cual practicar el Acuerdo social. Una interpretación distinta produciría una reversibilidad de los compromisos jurídicos comunitarios adquiridos por el Reino Unido y provocaría una regresión en la integración incompatible con el *ius cogens comunitario*. Con esta posibilidad, el Reino Unido se reservaba que no se hicieran efectivas para él determinadas transferencias de competencias a la Comunidad en el ámbito social, de forma que su negativa a la profundización de la Comunidad de un determinado modo o en un determinado momento no impidiera que pudieran profundizar el resto de Estados miembros y se produjera una profundización en la Comunidad.

período de lactancia (10ª Directiva especial con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva nº 391 de 12 de junio de 1989) (DOCE L 348 de 28 de noviembre de 1992); Decisión del Consejo 136 de 25 de febrero de 1993, por la que se adopta un tercer programa de acción de la Comunidad en favor de los minusválidos (Helios III) (DOCE L 56 de 9 de marzo de 1993).

El Acuerdo inserto en el Protocolo nº14 permitía también la adopción de actos por mayoría cualificada en materias que anteriormente, de acuerdo con el TCEE, exigían la unanimidad: condiciones de trabajo, información y consulta a trabajadores, igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, e integración de personas excluidas del mercado laboral. Esto provocaba, en contra de lo que pudiera parecer, una regresión en la integración, puesto que mientras antes el Reino Unido se obligaba sin necesidad de votar a favor de los actos de que se tratara e incluso votando en contra (suponiendo alcanzada la mayoría cualificada necesaria sumando los votos del resto de Estados miembros), a partir de la entrada en vigor del TCE se obligaría sólo si así lo deseaba votando a favor de la normativa, que entonces se adoptaría de acuerdo con el articulado del Tratado y al margen del Protocolo nº 14. Mientras que antes, por ejemplo, la adopción de cualquier acto en materia de salud y seguridad en el trabajo por mayoría cualificada era vinculante para todos los Estados miembros, luego sólo lo sería para todos menos para uno de ellos, el Reino Unido, en caso de que éste decidiera voluntariamente no participar en la adopción de tal acto⁵⁷⁶. Es decir, lo que antes era obligatorio para *todos* los Estados miembros, ahora podía serlo para *todos menos uno* según la voluntad de ese uno.

En definitiva, a partir de la entrada en vigor del TUE, el hecho de que un determinado acto normativo en materia social fuera obligatorio para todos los Estados miembros o para todos los Estados miembros a excepción del Reino

⁵⁷⁶ La inexistencia de una frontera suficiente de acuerdo con este texto para poder determinar cuándo estábamos ante un caso que debía ser adoptado según el Acuerdo, y cuando ante un caso que debía abordarse desde el pilar comunitario entendido *stricto sensu* provocaba el problema. En este sentido, PAREJO ALFONSO, L. "La política y el Derecho sociales de la Unión Europea". En MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.; FERNÁNDEZ LIESA, C. *Política social internacional y europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 295; WEATHERILL, S. *Law and integration in the European Union*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 178-179.

Unido, esto es, que pudiera ser o no considerado Derecho comunitario en sentido estricto, que tuviera su base jurídica o no en el Protocolo, dependería de que ese Estado miembro decidiera unilateralmente sobre la base del Protocolo nº14, participar o no en la deliberación y adopción del acto, o de que decidiera con posterioridad a ello vincularse por él, en cuyo caso podría hacerlo como acto unilateral del Estado miembro que decide crear una normativa interna propia al efecto, o bien vincularse por la propia normativa como comunitaria, tal y como finalmente hizo⁵⁷⁷.

De este modo, tal y como puede deducirse, el Protocolo nº14 estaba implícitamente otorgando al Reino Unido la posibilidad de desvincularse discrecional y permanentemente de los compromisos previamente adquiridos en materia social, lo que resulta incompatible con la noción de Comunidad de Derecho y con el *ius cogens* comunitario y producía una regresión en la Comunidad. Es un caso equiparable al de la UEM comentado inmediatamente antes.

La introducción del Acuerdo social en el Protocolo nº14, fuente de una integración diferenciada en el espacio en la Comunidad, supuso una regresión en la integración, una quiebra del *ius cogens* comunitario, a pesar de las buenas intenciones a que el párrafo 1 del Protocolo nº14 se refería cuando decía que el Protocolo y el Acuerdo “se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo del Tratado relativo a la política social”. En definitiva, lo que antes era una obligación jurídica dependería luego de la voluntad política.

Por otro lado, aceptar que no todos los Estados miembros participaran en la Política social, significaba la aceptación de los efectos no necesariamente positivos que esto pudiera provocar, sin que se hubieran previsto medidas específicas para contrarrestarlos: estamos pensando en la amenaza a la

⁵⁷⁷ Vid. al respecto *Supra*, nota al pie nº 515.

consecución de los objetivos comunitarios que aparecían en los arts. 2 y 3 TCE⁵⁷⁸.

En este sentido, la integración diferenciada en materia social presente en el TCE era una amenaza para el nivel de integración alcanzado previamente existente; la sola existencia de tal amenaza sería suficiente como para determinar su incompatibilidad con el *ius cogens comunitario*⁵⁷⁹.

En definitiva, en la medida en que la práctica de una integración diferenciada ejerciera una afectación negativa sobre otras políticas u objetivos comunitarios previamente establecidos a la introducción de la integración diferenciada, sería incompatible con el *ius cogens comunitario* pues supondría una amenaza perfectamente factible de desintegración.

Independientemente de los efectos que pudiera acarrear una integración diferenciada en el espacio como la que hemos visto en materia UEM y en política social, su construcción sobre la reversibilidad de compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos, supuso que el nuevo Tratado de la Comunidad Europea no sólo alterara los elementos especificadores del *ius cogens comunitario* en un determinado momento, tal y como hemos visto, sino que se hacía incompatible con aquél⁵⁸⁰: la introducción de la integración diferenciada en materia de UEM y política social tal y como aparecía configurada por los Protocolos nº 11 y 14, era del todo incompatible con el *ius*

⁵⁷⁸ Actuales arts. 2 y 3 tras su modificación. A este respecto pueden verse, por ejemplo, los comentarios de VAN RAEPENBUSCH, S. "Le cadre institutionnel de la politique social...", op. cit., pp. 67-70, y WATSON, P. "Social policy...", op. cit., pp. 512-513.

⁵⁷⁹ Planteando otras consideraciones relativas a la posibilidad de que el Protocolo social pudiera exceder de los límites materiales a la revisión de los Tratados, aunque sin confiar demasiado en su éxito, vid. O'KEEFFE, D. *General Course in European Community Law. The individual and European Law*. Collected Courses of the Academy of European Law, 1994, vol. 1, p. 112.

⁵⁸⁰ Recuérdese que no había que confundir intangibilidad de los elementos especificadores del *ius cogens* en un determinado momento con su perpetuidad; podían ser alterados, e incluso desaparecer, siempre que esto supusiera una mayor integración.

cogens comunitario al suponer una regresión en la integración existente antes de la aparición de ese Tratado.

b) Dinamarca y la UEM.

La introducción de la integración diferenciada en el espacio en el interior de la Comunidad tal y como quedó configurada en 1992 a través del Protocolo nº12 relativo a Dinamarca en materia UEM, no tenía su origen en la existencia previa de un opt-out, de una reversibilidad de los compromisos jurídicos previamente contraídos por este Estado miembro, o al menos no se podía deducir así. El origen no estaba en la negativa de ese Estado miembro a asumir el objetivo mismo, sino a asumirlo en un momento determinado, momento que no había sido determinado cuando se asumió el objetivo UEM.

Una integración diferenciada en el espacio que no respondiera a un opt-out del tipo de los que hemos visto, no permitiría eliminar completamente su incompatibilidad con el *ius cogens comunitario*: podrían existir incompatibilidades con origen, no ya en la reversibilidad de los compromisos jurídicos comunitarios previamente adquiridos por un Estado miembro, sino en las condiciones de desarrollo de esa integración diferenciada y/o en los efectos que ésta podía producir. Para determinar la compatibilidad de esta integración diferenciada en el interior de la Comunidad con el *ius cogens comunitario*, se hacía necesario estudiar qué efectos podía generar ésta. En la medida en que el establecimiento de una Unión Económica y Monetaria entre sólo algunos Estados miembros generara efectos negativos sobre el nivel de integración alcanzado antes de la entrada en vigor del TCE, sería incompatible con él *ius cogens comunitario* a menos que se hubieran establecido los mecanismos necesarios para evitarlo.

En consecuencia, la integración diferenciada en el espacio en la Comunidad, cuyo origen se encuentra en la reversibilidad de los compromisos

jurídicos comunitarios previamente contraídos es la única incompatible *a priori* con el *ius cogens comunitario*.

2) En el exterior de la Comunidad Europea: efectos ad extra.

Hemos dicho que la integración diferenciada en el espacio había de desarrollarse en el respeto del acervo comunitario entonces en vigor, subordinado a él, y que éste sistema de integración diferenciada funcionaría exactamente igual que la Comunidad, en su interior, siendo un calco de ella pero restringida a un número inferior de Estados miembros.

Lo que acabamos de decir plantea la cuestión de las relaciones exteriores del sistema de integración diferenciada y de su personalidad jurídica. El funcionamiento de ese sistema de modo idéntico a la Comunidad Europea exige que el primero pueda celebrar acuerdos internacionales con terceros Estados en las mismas condiciones y conforme a las mismas reglas que la Comunidad Europea, aunque adaptadas a una composición *restringida*⁵⁸¹. Esto nos lleva a plantearnos dos cuestiones: 1.- la posible naturaleza de esa Comunidad restringida como organización internacional distinta de la Comunidad Europea; 2.- la incidencia de esa dimensión exterior sobre la unidad y coherencia de la acción exterior de la Comunidad.

La cuestión de si el sistema de integración diferenciada puede ser considerado como una organización internacional distinta de la Comunidad Europea y, en consecuencia, con una personalidad jurídica internacional propia

⁵⁸¹ Vid. SCHMITTER, C. "Coopérations renforcées et compétences externes de la Communauté européenne". En DONY, Marianne (Dir.). *L'Union Européenne et le monde après Amsterdam*. Bruxelles: ULB, 1999, pp. 77-103; TUYTSCHAEVER, F. *Differentiation...*, op. cit., pp. 170-177; Id., "Quelques réflexions relatives à l'incidence de la coopération renforcée sur les relations extérieures de la Communauté". En LEJEUNE, Yves (Coord.) *Le Traité d'Amsterdam...*, op. cit., pp.405-408.

y diferente de aquélla, debería responderse negativamente⁵⁸²: no parece que las adaptaciones producidas en la Comunidad Europea y que se dan a luz por la integración diferenciada buscaran precisamente ésto⁵⁸³, especialmente cuando pretenden desarrollarse en el interior de ella y en su respeto. Otorgar una personalidad jurídica diferente a estos sistemas de integración diferenciada significaría multiplicar la personalidad jurídica internacional de la Comunidad, lo que se haría incompatible con su unicidad. Como hemos dicho, el Derecho de la integración diferenciada no es Derecho comunitario *stricto sensu*, pero sí *lato sensu*, en cuanto que se desarrolla en su interior; esto, trasladado al plano exterior significa que, si bien ese sistema de integración diferenciada no es la Comunidad Europea *stricto sensu* al variar su composición, sí lo es *lato sensu*, en cuanto que se desarrolla en el interior de ella y en su respeto. Precisamente por ello, parece que se ha querido preservar un marco único también en el ámbito exterior, el de la Comunidad Europea⁵⁸⁴.

Así, la Comunidad celebra Acuerdos internacionales en una composición variable según cuál sea el ámbito de tales Acuerdos, posibilidad que no afecta a la unicidad de la personalidad jurídica de la Comunidad⁵⁸⁵. La variación que

⁵⁸² Esto independientemente de que las relaciones entre las acciones de la integración diferenciada y las de la Comunidad sean contempladas como relaciones entre *entidades distintas* (BRIBOSIA, H. "De la subsidiarité...", op. cit., p. 62).

⁵⁸³ En opinión de BRIBOSIA, H., "Il paraît putôt que l'on ait cherché à préserver au maximum un cadre "constitutionnel" unique" ("De la subsidiarité...", op. cit., p. 62; Id., "Différentiation et avant-gardes...", op. cit., p. 73).

⁵⁸⁴ BRIBOSIA, H. "De la subsidiarité...", op. cit., p. 62.

⁵⁸⁵ SCHMITTER, C. "Coopérations renforcées et compétences externes...", op. cit., pp. 90-91. La posibilidad de que la Comunidad en su composición restringida celebre acuerdos internacionales con terceros Estados no se ha recogido expresamente por el Tratado de Amsterdam, aunque sí se ha recogido para la Unión Europea: se trata del art. 6 del Protocolo nº2. De acuerdo con este artículo se celebraría un acuerdo entre el Consejo de la Unión Europea, por un lado, e Islandia y Noruega por otro, para mantener las relaciones que estos dos Estados tenían con el acervo Schengen. El Consejo de la Unión había de celebrar este acuerdo en su composición restringida a los Estados miembros de la Comunidad que a la firma del Tratado de Amsterdam fueran parte en los acuerdos de Schengen, es decir, todos salvo Reino Unido e Irlanda. Este Acuerdo fue firmado el 18 de mayo de 1999 (DOCE L 176 de 10 de julio de 1999).

puede tener el Consejo con posterioridad al establecimiento de un Acuerdo internacional con terceros Estados sobre un ámbito objeto de integración diferenciada, y tras la adhesión de nuevos Estados a esa integración diferenciada, puede llevar a los terceros a considerar que han variado las condiciones de su compromiso y exigir por su parte una nueva negociación del Acuerdo internacional. Para evitarlo puede establecerse en el Acuerdo una cláusula que recoja la posibilidad de tales variaciones⁵⁸⁶.

En relación con la incidencia que la dimensión exterior de la integración diferenciada puede tener sobre la unidad y coherencia de la acción exterior de la Comunidad, ha de tenerse en cuenta que aquélla debe siempre desarrollarse, también en su acción exterior, en el respeto del acervo comunitario existente.

En cuanto a la responsabilidad internacional que pueda derivarse por la no ejecución o mala ejecución de un acuerdo concluido por la Comunidad en su composición restringida, parece lógico que aquélla recaiga exclusivamente sobre los Estados miembros que han participado en esa mayor integración: sólo los Estados miembros que participan en el sistema de integración diferenciada están vinculados por los actos que se adopten por la Comunidad restringida, incluidos, los Acuerdos internacionales que ésta pueda celebrar y sólo a ellos se les puede exigir el cumplimiento del Acuerdo internacional de que se trate⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ SCHMITTER, C. "Coopérations renforcées et compétences externes...", op. cit., pp. 92-93; TUYTSCHAEVER, F. "Quelques réflexions relatives à l'incidence de la coopération renforcée sur les relations extérieures de la Communauté". En LEJEUNE, Yves (Coord.) *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 406.

⁵⁸⁷ En este sentido, SCHMITTER, C. "Coopérations renforcées et compétences externes...", op. cit., pp. 99-100. Es lamentable la poca transparencia respecto de la composición del Consejo de la Unión Europea que firmó el Acuerdo antes mencionado con Islandia y Noruega el 18 de mayo de 1999, así como respecto de la composición del Comité mixto, órgano creado por el Acuerdo, compuesto por "los miembros del Consejo de la Unión Europea" y representantes de los Gobierno de Islandia y Noruega, sin explicitar que esa composición queda limitada a los Estados miembros parte en Schengen. En el futuro sería deseable que quedara clara la composición del Consejo a la firma del Acuerdo internacional con el Tercero, fundamentalmente para evitar posibles problemas relativos a la eventual existencia de una responsabilidad internacional de los Estados miembros subsidiaria de la de la Unión o de la Comunidad en caso de incumplimiento, así como en relación a las posibles sanciones internacionales que el Tercero deseara poner en marcha contra tal incumplimiento

En el art. 109 TCE⁵⁸⁸ se contemplaba expresamente la posibilidad de que se celebraran acuerdos internacionales entre la Comunidad y terceros Estados relativos a un sistema de tipos de cambio para el Ecu (hoy Euro) en relación con monedas no comunitarias. Este artículo no era aplicable a los Estados miembros acogidos a una excepción conforme al art. 109K.3, ni al Reino Unido conforme al art. 5 del Protocolo nº11, ni a Dinamarca conforme al art. 2 del Protocolo nº12. En consecuencia, los acuerdos a que se refería el art. 109 TCE serían concluidos por la Comunidad en una formación restringida⁵⁸⁹.

En materia de política social no se hacía en ese Tratado ninguna referencia al respecto, por lo que de desear realizarse algún Acuerdo internacional con terceros Estados en alguno de los ámbitos objeto de mayor profundización conforme al Acuerdo sobre la política social, se seguiría la letra del art. 228 TCE⁵⁹⁰ adaptando la composición del Consejo y los votos necesarios para la adopción de sus acuerdos .

y que deberían dirigirse contra la Unión o la Comunidad en su composición restringida, sin afectar a los Estados miembros no participantes.

⁵⁸⁸ Actual art. 111.

⁵⁸⁹ Para un estudio pormenorizado de esto vid. TUYTSCHAEVER, F. *Differentiation...*, op. cit., pp. 170-183.

⁵⁹⁰ Actual art. 300 TCE.

A MODO DE RECAPITULACIÓN

El procedimiento expresamente previsto por el TCEE en su art. 236 fue el utilizado para dar a luz el Tratado de la Unión Europea en 1992 (TUE) o Tratado de Maastricht, que a su vez generó un nuevo Tratado de la Comunidad (TCE). La especificidad y autonomía del Derecho comunitario exigía que la revisión del TCEE se hiciera en su respeto, es decir, respetando cada una de sus manifestaciones que no eran sino una especificación del principio básico de la Comunidad, su *ius cogens comunitario*, el principio de integración.

El Tratado de Maastricht supuso la transformación de la Comunidad Europea como Comunidad de Derecho en una Comunidad de Comunidades de Derecho a partir de la introducción de una integración diferenciada en su interior, esto es, a partir del establecimiento de una profundización *en* la Comunidad. Si en lugar de una profundización *en* la Comunidad, es decir, de sólo algunos Estados miembros en su interior, se hubiera practicado una profundización *de* la Comunidad, es decir, de todos los Estados miembros en su interior, ésta hubiera permanecido como una sola, como una Comunidad de Derecho.

La transformación de la Comunidad en una Comunidad de Comunidades de Derecho en 1992 no era por sí misma incompatible con el *ius cogens comunitario*, con el fundamento de la Comunidad, con el principio de integración. La incompatibilidad de la integración diferenciada con el *ius cogens comunitario* vendría determinada por los contenidos concretos a que se refiriera la integración diferenciada y los efectos que pudiera generar sobre el nivel de integración existente antes de su establecimiento.

El funcionamiento de cada una de las Comunidades de Derecho existentes en la Comunidad, de cada una de las profundizaciones operadas por

sólo algunos Estados miembros en su interior, era idéntico al de la Comunidad Europea y subordinado a ella; no podría ser de otra manera tratándose de una integración entre algunos de los Estados miembros de la Comunidad utilizando para ello las instituciones y procedimientos de ésta y desarrollándose en su interior. Este funcionamiento era inherente a la naturaleza esquizofrénica de la integración diferenciada: practicada en el interior de la Comunidad utilizando sus procedimientos e instituciones, no era comunitaria en sentido estricto. Por esta razón no es de extrañar que, como veremos, las disposiciones que el nuevo Tratado de Amsterdam recoge expresamente para describir el funcionamiento de la integración diferenciada en el espacio y sus relaciones con la Comunidad y con los Estados miembros que permanecen ajenos a ella, coincidan plenamente con lo que hemos descrito.

La integración diferenciada introducida por el TUE en la Comunidad venía predeterminada para los dos únicos ámbitos en que era permitida: Unión Económica y Monetaria (UEM) y Política social. Esta integración diferenciada era, tal y como aparecía en el TCE, una integración diferenciada en el espacio; ello, sin perjuicio de la integración diferenciada de carácter temporal que se generaba junto con aquélla en materia de UEM. La integración diferenciada en el espacio en los ámbitos UEM y Política social supuso una regresión en el nivel de integración existente hasta entonces en la Comunidad en cuanto que un Estado miembro, el Reino Unido, se desvinculaba voluntaria y caprichosamente de los compromisos jurídicos previamente adquiridos en cada uno de estos ámbitos y respecto a los que permanecían vinculados el resto de Estados miembros (reserva hecha de Dinamarca). Esta integración diferenciada, perfectamente conforme desde el punto de vista formal, con el Derecho comunitario vigente en cuanto que había sido establecida por el propio Derecho comunitario originario, era incompatible con el fundamento mismo de la Comunidad, el principio de integración, el *ius cogens comunitario*.

Este tipo de integración diferenciada supone precisamente por eso un peligroso antecedente para el futuro de la integración comunitaria, que se incrementa tanto por la *vis atractiva* que puede ejercer sobre otros Estados miembros, como por la afectación negativa que puede suponer sobre otras áreas comunitarias relacionadas con aquéllas sobre las que se practica directamente la integración diferenciada.

El TUE de 1992 no respetó los límites materiales a la revisión del TCEE. El nuevo TCE creaba una nueva Comunidad. Por esta razón, se pudo utilizar perfectamente otro procedimiento distinto al previsto en el art. 236 TCEE para dar a luz el TUE y la nueva Comunidad que aparecía en el TCE.

